

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**A CLASSIFICAÇÃO DA RESTINGA COMO ÁREA DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE**

LIANA MARTINI FINK

FLORIANÓPOLIS - SC

2015

LIANA MARTINI FINK

**A CLASSIFICAÇÃO DA RESTINGA COMO ÁREA DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca
examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. José Rubens Morato Leite

Coorientadora: Paula Galbiatti Silveira

FLORIANÓPOLIS - SC

2015



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
DEPARTAMENTO DE DIREITO
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A classificação da restinga como área de preservação permanente**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Liana Martini Fink**, defendido em **02/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,50 (NOVE E MEIO), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 2 de Julho de 2015

José Rubens Morato Leite
Professor(a) Orientador(a)

embalada

Carolina Medeiros Bahia

Membro de Banca

Thais Dalla Corte
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Liana Martini Fink**

RG:

CPF:

Matrícula: **10103014**

Título do TCC: **A classificação da restinga como área de preservação permanente**

Orientador(a): **José Rubens Morato Leite**

Eu, **Liana Martini Fink**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 2 de Julho de 2015.

Liana Martini Fink

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as bênçãos concedidas.

Aos meus pais, Arno e Ruth, que sempre fizeram de tudo para me ver feliz. Desde o começo fui encorajada a realizar meus sonhos, mesmo que muitos deles me levassem para longe de casa. Por todo o amor, compreensão e pelos valiosos ensinamentos, muito obrigada.

À minha irmã, Lais, companheira em vários momentos, agradeço pelas risadas, pelas horas de lazer, pelas infinitas conversas e por fazer meus dias muito mais alegres.

Ao meu namorado, Antonio, que há quase seis anos demonstra sempre ter uma dose extra de carinho, de paciência e de felicidade a me oferecer. Por ter tornado a minha vida mais doce, obrigada.

Ao meu orientador, o ilustre Professor Doutor José Rubens Morato Leite, e à minha coorientadora, Paula Galbiatti Silveira, por toda a atenção e dedicação.

No mais, a todos os ex-colegas de trabalho, amigos e parentes que, de uma forma ou outra, auxiliaram na conclusão de mais essa etapa.

"A natureza é o único livro que oferece um conteúdo valioso em todas as suas folhas."
Goethe

RESUMO

A presente monografia tem por objeto de estudo a classificação da restinga como área de preservação permanente. A pesquisa foi elaborada a partir de ampla consulta em doutrinas e artigos científicos, bem como em legislação pertinente à matéria. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o método de procedimento será o monográfico. Outrossim, em razão da especificidade do tema e de seus reflexos práticos, examinou-se também a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, dando ênfase principalmente à atual Ação Civil Pública em trâmite no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na qual o Ministério Público de Santa Catarina requer a condenação da Fatma à obrigação de não fazer, no que diz respeito à abstenção de concessão de licença ambiental para corte e supressão da vegetação de restinga. Como consequência da pesquisa foi possível concluir que a restinga deve ser considerada como área de preservação permanente, a fim de resguardar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Existindo dúvida quanto a real abrangência do inciso VII do artigo 4º do Novo Código Florestal, o direito público deve ser colocado à frente dos interesses particulares, entendendo-se, portanto, que o termo “restinga” abrange a “vegetação de restinga”, e não apenas o acidente geográfico, interpretação esta que atende aos princípios relacionados ao Direito Ambiental, promovendo uma maior proteção ambiental.

Palavras-chaves: direito ambiental; meio ambiente ecologicamente equilibrado; restinga; área de preservação permanente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESTINGA E OS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO APLICÁVEIS A ESSE ECOSISTEMA	13
1.1 O QUE É A RESTINGA?	13
1.2 FUNÇÃO ECOLÓGICA DA RESTINGA	14
1.3 O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL.....	15
1.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL INERENTES À PROTEÇÃO DA RESTINGA.....	19
1.4.1 Princípio da precaução	19
1.4.2 Princípio da prevenção	22
1.4.3 Princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental e do mínimo existencial ecológico	24
1.5 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE	26
2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA RESTINGA E AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	30
2.1 A RESTINGA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	30
2.1.1 Código Florestal de 1965	31
2.1.2 Resoluções do Conama	31
2.1.2.1 Resolução nº 04, de 18 de setembro de 1985	33
2.1.2.2 Resolução nº 07, de 23 de julho de 1996	33
2.1.2.3 Resolução nº 261, de 30 de junho de 1999	34
2.1.2.4 Resolução nº 303, de 20 de março de 2002.....	36
2.1.2.5 Resolução nº 417, de 23 de novembro de 2009	37
2.1.3 Lei da Mata Atlântica.....	37

2.1.4 Novo Código Florestal	38
2.2 O CONCEITO DE RESTINGA COMO UM DOS PRINCIPAIS FATORES DE CONTROVÉRSIA: RESTINGA GEOLÓGICA-GEOMORFOLÓGICA E VEGETAÇÃO DE RESTINGA	39
2.3 ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS: AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	41
3 A CLASSIFICAÇÃO DA RESTINGA COMO ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM IMPORTANTES JULGADOS E O CASO EM TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	47
3.1 ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS QUAIS A RESTINGA É CLASSIFICADA COMO APP	47
3.1.1 Recurso especial nº 945.898/SC.....	47
3.1.2 Recurso especial nº 1.462.208/SC.....	49
3.2 ANÁLISE DO PROCESSO EM TRÂMITE NO TJSC, O QUAL IMPÔS QUE A FATMA SE ABSTENHA DE CONCEDER LICENÇA AMBIENTAL EM ÁREA COM VEGETAÇÃO DE RESTINGA	55
3.2.1 Histórico do caso.....	55
3.2.2 Considerações acerca do processo	58
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	64
ANEXOS	68

INTRODUÇÃO

O objeto central da discussão é a classificação da restinga como área de preservação permanente, tendo em vista o artigo 4º do novo Código Florestal Brasileiro, que dispôs as áreas que serão consideradas como de preservação permanente. Conforme o inciso VII do referido artigo, as restingas são assim classificadas quando fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangue. Embora pareça ser de fácil compreensão, vem se entendendo que essa norma tem uma abrangência maior no que diz respeito à proteção da restinga. Essa interpretação preocupa, e muito, principalmente o setor da construção civil. Lembra-se que a especulação imobiliária tem se constituído numa das principais ameaças a esse bioma.

Não sendo novidade as perturbações promovidas pela exploração econômica da restinga, muitos defendem que se ela realmente for considerada área de preservação permanente e, portanto, intocável, podendo sua vegetação ser suprimida parcial ou totalmente apenas com autorização em caso de utilidade pública ou de interesse social, considerável porcentagem do litoral catarinense ficará estagnado economicamente, visto que muitas áreas são hoje encobertas pela vegetação de restinga.

Neste contexto, observa-se o seguinte problema: Deve ser considerada a restinga, na sua totalidade, como área de preservação permanente? No decorrer dos capítulos, a autora busca dar uma resposta afirmativa ao problema, baseando-se no direito e dever fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos princípios da prevenção, da precaução, da proibição do retrocesso ecológico e do *in dubio pro natura*, bem como na função socioambiental da propriedade.

Na monografia, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois, baseada no objeto do estudo, a abordagem foi realizada da noção geral de restinga e das normas jurídicas que tratam do tema para, posteriormente, fazer uma análise específica, a partir do estudo das ações judiciais anteriormente mencionadas. O método de procedimento foi o monográfico. Para efetivar o trabalho, foi utilizada uma ampla consulta em doutrinas e artigos científicos, bem como na jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Já a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica e a documental. Foi escolhida essa técnica, pois foram utilizadas doutrinas e publicações avulsas, para abranger todo o tema a ser pesquisado.

Cabe observar que, buscando esclarecer a estrutura da presente monografia, ela está organizada em três capítulos, divididos da forma a seguir descrita.

Havendo grande preocupação com relação à preservação dela, analisa-se, no primeiro capítulo, o conceito e a função ecológica da restinga. São abordados também alguns elementos do direito e dever fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como dos principais princípios do Direito Ambiental interligados com a proteção da restinga, sendo eles o princípio da precaução, aplicado quando existe dúvida com relação aos danos que uma obra ou atividade poderá causar ao meio ambiente e à saúde humana, o princípio da prevenção, que trata de riscos ou impactos anteriormente conhecidos pela ciência e o princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental e do mínimo existencial ecológico.

Ainda nesse capítulo, lembra-se da importante função socioambiental da propriedade, tanto da propriedade urbana como da propriedade rural, que não se configura como simples limitação ao exercício do direito de propriedade, mas que promove um pensamento voltado à coletividade, como será explicado.

No segundo capítulo, busca-se resgatar o histórico da legislação brasileira referente à restinga, apresentando e explicando as principais leis e resoluções atinentes ao tema. O Código Florestal de 1965 ampliou o âmbito de proteção, fazendo referência expressa às formas de vegetação, visto que o Código anterior protegia apenas as florestas.

Dá-se destaque também às resoluções editadas pelo Conama, principalmente à resolução nº 303, de 20 de março de 2002, constantemente mencionada em acórdãos que tratam da restinga; à lei da Mata Atlântica, fonte de diretrizes para engrandecer a noção de “patrimônio nacional”, que será preferencialmente aplicada quando for mais protetiva em relação à restinga; finalmente, ao Novo Código Florestal, que já “nasceu” marcado por polêmicas e por fortes debates.

Frisa-se a dúvida existente quanto ao alcance do termo “restinga”, principalmente por ficar claro que essa incógnita interfere no momento da interpretação da lei. Ao final do segundo capítulo, expõem-se alguns detalhes e características quanto às áreas de preservação permanente e a forma como foram tratadas pelo Novo Código Florestal, visto que o presente estudo busca esclarecer a classificação da restinga como uma área de preservação permanente.

No terceiro e último capítulo, mesmo sendo um assunto ainda não frequentemente discutido nas instâncias superiores, apresentam-se dois importantes acórdãos referentes ao tema. O recurso especial nº 945.898/SC e o recurso especial nº 1.462.208/SC. Ambos são de extrema relevância quando se procura compreender o processo em trâmite atualmente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina que gira justamente em torno dessa temática. Proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina, a ação civil pública, que hoje se encontra em grau

de recurso, será estudada ao final do trabalho. É possível afirmar que o desfecho desse processo é, hoje, um dos mais aguardados aqui no Estado de Santa Catarina.

Essas questões fizeram com que a discussão da restinga como área de preservação permanente ganhasse maior importância em nível estadual e até federal, visto que, dependendo do desfecho dessa ação, existirá mais um importante precedente em prol da proteção desse bioma já tão degradado. Dessa forma, inegável a importância de se aprofundar no estudo do tema e buscar uma interpretação mais vinculada à proteção do meio ambiente.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESTINGA E OS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO APLICÁVEIS A ESSE ECOSISTEMA

A preocupação com o meio ambiente é tema atual. Segundo pesquisa realizada em maio de 2012 pelo Ibope a pedido da Confederação Nacional da Indústria – CNI¹, foi constatado que o percentual de pessoas que dizem estar preocupadas com o meio ambiente cresceu de 80%, em 2010, para 94%, em 2011. Um dado que também muito surpreendeu foi o aumento do número de entrevistados que afirmaram ter prioridade a proteção ao meio ambiente com relação ao crescimento econômico.

Atualmente, há um debate bastante acalorado, principalmente no município de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina, quanto à proteção ao meio ambiente *versus* o desenvolvimento econômico. Assunto já tratado nos tribunais, o objeto central da discussão é a classificação da restinga como área de preservação permanente. A pressão pela especulação imobiliária tem se constituído numa das principais ameaças a esse ecossistema.

Não sendo novidade as perturbações promovidas pela exploração econômica da restinga, muitos defendem que se ela realmente for considerada área de preservação permanente, e, portanto, intocável, podendo sua vegetação ser suprimida parcial ou totalmente apenas com autorização em caso de utilidade pública ou de interesse social, considerável porcentagem do litoral catarinense ficaria estagnado economicamente, visto que muitas áreas são hoje encobertas pela vegetação de restinga.

Existindo a preocupação no que concerne ao futuro desse importante ecossistema, analisar-se-á, nesse primeiro capítulo, o conceito e a função ecológica da restinga. Adiante, serão abordados alguns elementos do direito e dever fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também dos principais princípios do Direito Ambiental, todos associados à proteção da restinga. Por último, lembra-se da importante função socioambiental da propriedade, que não se configura como simples limitação ao exercício do direito de propriedade, como será explicado.

1.1 O QUE É A RESTINGA?

Com aproximadamente 9.000 km de extensão, é possível reconhecer no litoral brasileiro cinco regiões fisiográficas definidas principalmente por elementos geológicos,

¹ Disponível em: <http://www.conselhos.org.br/Arquivos/Download/Upload/66.pdf>

oceanográficos e climáticos, conforme explica Sandro Menezes Silva (2003, p. 2). Em cada uma das grandes regiões reconhecidas para a costa brasileira, ocorrem planícies formadas por sedimentos terciários e quaternários. Essas planícies são formadas pela justaposição de cordões litorâneos, em cujos ambientes a restinga pode ser encontrada.

Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 111) ensinam que o geólogo Alberto Lamago foi o primeiro pesquisador brasileiro a estudar mais precisamente a formação e evolução das restingas tendo a definido como “língua de areia marginal à costa primitiva, de pequena elevação e estirando-se com uma largura regularmente constante por grandes distâncias”.

Conforme definida na lei nº 12.651 de 2012 em seu artigo 3º, XVI, a restinga é:

Depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, com cobertura vegetal em mosaico, encontrada em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado (BRASIL, 2012).

Vê-se, portanto, a preocupação do Novo Código Florestal em expor as definições e conceitos a permear as linhas do texto legal. Mesmo procurando minimizar eventuais juízos de subjetividade à sua leitura, aportando um rol de acepções voltadas ao entendimento e aplicação dos ditames recém editados, será analisada mais adiante a imprecisão do termo restinga, o que deu margem à diversas interpretações quanto à sua aplicação.

1.2 FUNÇÃO ECOLÓGICA DA RESTINGA

Considerando a tendência mundial da população em ocupar majoritariamente as áreas adjacentes ao litoral e em virtude de fatores históricos associados à ocupação do território brasileiro, constata-se que nosso país apresenta 26,6% da população em municípios da zona costeira, o equivalente a 50,7 milhões de habitantes, conforme notícia do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE vinculada no site do Instituto em dezembro de 2011².

Essa acentuada ocupação da costa do Brasil consequentemente gera impactos em nosso meio ambiente, o que maximiza a necessidade em definir as áreas de maior importância

² IBGE em parceria com a marinha do Brasil lança o Atlas Geográfico das Zonas Costeiras e Oceânicas. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/pt/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2036>

biológica, assim como as áreas prioritárias para conservação. Assim sendo, de modo a contextualizar o presente trabalho, considera-se de extrema relevância iniciá-lo explanando os motivos pelos quais a restinga deve e merece ser protegida.

A restinga é considerada bioma bastante ameaçado no Brasil, tendo sido continuamente explorada ao longo de séculos, desde a chegada dos colonizadores ao país. Atualmente, percebe-se uma intensa especulação imobiliária, o que pode levar à degradação desse vital ecossistema. Constata-se, infelizmente, que apenas uma pequena parcela encontra-se devidamente protegida.

De acordo com Felipe de Araújo Pinto Sobrinho (2012, p. 2), as áreas costeiras, bem como as restingas, desempenham as funções de purificação e armazenamento de água, proteção contra tempestades, estabilização das condições climáticas locais, recarga e descarga de aquíferos, retenção de contaminantes, fornecimento de bases da pesca, recursos de flora e fauna, turismo e recreação. Logo, essas áreas apresentam grande importância devido à concentração de intensa atividade biológica e paisagística.

Apresentadas rapidamente as dimensões geográficas e biológicas, pretende-se agora abordar os aspectos jurídicos relevantes ao tema aqui estudado.

1.3 O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

Cuida-se do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito a ser usufruído por todos, assim como um dever inerente a todos em busca de sua proteção. Destaca-se essa dupla dimensionalidade existente, visto que todos devem preservá-lo para que possam também fazer uso dele, ou seja, é viável considerar que o direito de usufruir um ambiente equilibrado conecta-se com a obrigação jurídico-ética de colaborar para a sua preservação.

É notória a relevância da apreciação da proteção ambiental no patamar constitucional e dos direitos fundamentais, tendo em vista a vastidão do assunto, mesmo que num primeiro momento pareça se afastar do objetivo central deste estudo. Considera-se a necessidade de demonstrar, brevemente, a inclusão do meio ambiente na Constituição

Federal, sendo tal capítulo hoje considerado um dos mais importantes e avançados da Carta Magna³.

Diferentemente de outros direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o título da ordem social e foi elevado a *status* constitucional no artigo 225, in verbis:

Art. 225º Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1998).

O referido artigo confere ao Poder Público o dever de preservar o meio ambiente para as presentes, bem como para as futuras gerações, impedindo a sua degradação. Ainda, determina o artigo 23, VI, da Constituição Federal⁴ que caberá aos entes federados proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

A instituição de um inequívoco dever de não degradar, que vai de encontro ao direito de explorar, sendo este direito de explorar inerente ao direito de propriedade, é um dos primeiros aspectos positivos observados no caput do artigo 225.

José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (2012, p. 95; 96) explicam que:

No campo dos recursos naturais e do uso da terra, tal transmutação implica a substituição definitiva do regime de explorabilidade plena e incondicionada (com limites mínimos e pulverizados, decorrentes, p. ex., das regras de polícia sanitária e da proteção dos vizinhos) pelo regime de explorabilidade limitada e condicionada (com limites amplos e sistemáticos, centrados na manutenção dos processos ecológicos). Limitada, porque nem tudo que integra a propriedade pode ser explorado; condicionada, porque mesmo aquilo que, em tese, pode ser explorado, depende da observância de certas condições impostas abstratamente na lei e concretamente em licença ambiental exigível.

Desta sorte, trata-se de dever constitucional com força vinculante plena, não sendo possível fazer uma escolha entre respeitá-lo ou desconsiderá-lo. O sujeito que pretende

³ Segundo José Afonso da Silva (2011, p. 849), “o capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988, do qual, contudo, não podemos tratar aqui senão em suas linhas gerais e fundamentais, além do que dele já dissemos”.

⁴ CRFB, Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” [...] (BRASIL, 1988).

exercer seu domínio ou posse deverá fazê-lo de acordo com as condições que visam manter as características básicas do meio ambiente (LEITE; CANOTILHO, 2012, p. 96).

No artigo 3º da lei nº 6.938/81 o meio ambiente foi conceituado como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Apesar das divergências existentes, sabe-se que na interpretação atual desse conceito estão abarcados todos os aspectos do meio ambiente, quais sejam o meio ambiente natural, como também o meio ambiente cultural, artificial e do trabalho, conforme expõe Luís Paulo Sirvinskas (2014, p. 155).

Ainda, de acordo com o referido autor, meio ambiente e qualidade de vida fundem-se no direito à vida, transformando-se num direito fundamental. É por esse motivo que muitas constituições passaram a protegê-la mais intensamente como garantia da coletividade. A própria Constituição Federal Brasileira de 1988 veio a tratar sobre a qualidade de vida, passando a ampliar o conceito infraconstitucional. No artigo 225 da Constituição está claro que a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida.

Buscando assegurar a efetividade do direito fundamental então consagrado, os incisos do artigo 225 expõem as medidas e providências que deverão ser adotadas pelo Poder Público, quais sejam:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Essa elevação da tutela ambiental a direito fundamental fez com que a proteção ambiental deixasse de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento. É possível auferir importantes benefícios no terreno dogmático e da implementação. Salienta-se que, como direito fundamental, sua norma estatuidora conta com aplicabilidade imediata (LEITE; CANOTILHO, 2012, p. 99).

Ademais, a Constituição ainda preocupou-se, consoante ensinamento do jurista José Afonso da Silva (2011, p. 850), em impor condutas preservacionistas a quantos possam direta ou indiretamente gerar danos ao meio ambiente. Em seu livro ele menciona, como exemplo, que aquele que explorar recursos minerais será obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, conforme solução técnica requisitada pelo órgão público competente, na forma da lei.

José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (2012, p. 107; 108) indicam alguns riscos existentes nesse processo de inserção do meio ambiente no quadro constitucional. Alerta-se, primeiramente, para os perigos da constitucionalização de conceitos, direitos, obrigações e princípios que ainda não foram devidamente desenvolvidos. Sendo que na Constituição encontram-se institutos e conceitos maduros, não seria o lugar ideal para noções que ainda não gozam de ampla aceitação. Os doutrinadores ainda lembram que, em decorrência das garantias previstas na própria Constituição, o procedimento para modificação da norma constitucional é altamente rigoroso, o que dificulta sua atualização e retificação. O direito ambiental, ramo extremamente dinâmico, poderia vir a ser prejudicado com toda essa estabilidade.

Vale ainda destacar importante passagem da doutrina de José Afonso da Silva (2011, p. 851) na qual ele reflete que:

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana.

Consoante anteriormente destacado, a restinga, bioma constitutivo do litoral brasileiro, que serve de habitat e local de reprodução e rota migratória para diversos animais,

também deve ser protegida, conforme apregoa o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, posto que a preservação e a restauração dos processos ecológicos a ela são fundamentais para a manutenção de um ambiente sadio.

1.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL INERENTES À PROTEÇÃO DA RESTINGA

Os princípios, conforme José Afonso da Silva, são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas (2011, p. 92). Servem, basicamente, para consolidar os conceitos e valores da sociedade, orientando a interpretação do Direito.

Importante primeiramente destacar a relevância dos princípios do Direito Ambiental, pois, como preceitua Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 22):

[...] é a partir deles que as matérias que ainda não foram objeto de legislação específica podem ser tratadas pelo Poder Judiciário e pelos diferentes aplicadores do Direito, pois, na inexistência de norma legal, há que se recorrer aos diferentes elementos formadores do Direito, conforme expressa determinação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e ao Código de Processo Civil.

O ramo do direito ambiental também é composto por vários princípios. Observa-se, entretanto, a inexistência de consenso com relação ao rol de princípios, como também das acepções atribuídas. Aludidos princípios são essencialmente encontrados em nossa Constituição Federal, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, nas Declarações das Conferências de Meio Ambiente e na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Não se pretende aqui elencar todos os princípios de Direito Ambiental listados pela doutrina, mas apenas os considerados mais importantes para a compreensão do objeto do presente estudo.

Seguindo a linha constitucional, princípios tais como o da prevenção e o da precaução podem bem representar a preocupação com a preservação ambiental, que acabou adotando um caráter não apenas reparador, mas também, em função da natureza do bem ambiental, uma preocupação em difundir um viés preventivo.

A seguir, serão analisados três princípios relacionados à proteção da restinga.

1.4.1 Princípio da precaução

Sendo um dos princípios fundadores do direito ambiental brasileiro, o princípio da precaução já estava presente no Direito Alemão desde os anos 70. No relatório ambiental de

1976, o governo alemão destaca o peso do princípio da precaução (Vorsorgeprinzip) na formação de políticas ambientais (DERANI, 1997, p. 165).

Em nosso país, este ganhou força com a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992. A conhecida “Declaração do Rio de Janeiro” contém 27 princípios.

O princípio número 15 da Declaração do Rio de Janeiro estabelecia que os Estados deveriam aplicar esse princípio objetivando a proteção do meio ambiente. Ademais, afirma-se que a simples falta de certeza científica absoluta quanto ao perigo de dano alegado não deverá ser motivo suficiente para se adiar a adoção de medidas eficazes que o impeçam de ocorrer⁵.

Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 98; 99) bem ressalta as duas convenções internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil que inseriram o princípio da precaução em nosso ordenamento, quais sejam a Convenção da Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima.⁶ Estas se distinguem no que concerne à redação do princípio. Na primeira é necessário que haja apenas ameaça de sensível redução de diversidade biológica ou ameaça sensível de perda dela. Já na segunda, fica clara a exigência de ameaça de dano sério ou irreversível. Entretanto, as duas Convenções convergem no sentido de que o princípio da precaução busca evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente.

Deve ser aplicado, basicamente, ante incertezas com relação aos danos que uma obra ou atividade poderá causar ao meio ambiente e à saúde humana. A precaução não só deve ser empregada para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, como também leva à aplicação da solução que seja *in dubio pro natura*, ou seja, que proteja o ser humano e conserve o meio ambiente. Ainda, destaca-se que é aconselhado haver um indício razoável e fundamentado dessa possibilidade de dano.

Nas palavras do doutrinador Édís Milaré (2014, p. 266):

⁵ Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – “Declaração do Rio de Janeiro” (ECO-1992), Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelo Estado, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

⁶ Convenção da Diversidade Biológica: “Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça...”. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima: artigo 3 – “Princípios – 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível...”.

A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

Do mesmo modo, Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 206) entende que:

Tem se utilizado o postulado da precaução quando se pretende evitar o risco mínimo ao meio ambiente, nos casos de incerteza científica acerca da sua degradação. Assim, quando houver dúvida científica da potencialidade do dano ao meio ambiente acerca de qualquer conduta que pretende ser tomada, incide o princípio da precaução para prevenir o meio ambiente de um risco futuro.

À continuidade, sintetiza a estudiosa Cristiane Derani (1997, p. 166):

O princípio da precaução se resume na busca do afastamento, no tempo e espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação se faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, onde a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário.

Essa busca pela prevenção de danos, como bem destaca Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 33; 34), implica eleger quais os riscos ou danos pretende prevenir e quais os que aceita correr. Sendo uma seleção racional, provavelmente será escolhido aquele que causará o menor dano. Acontece que nem sempre essa decisão ocorre de forma racional, visto que a percepção do risco por vezes não guarda relação com o risco real e, por diversas oportunidades, essa escolha é baseada na percepção e não no risco real.

Antunes (2014, p. 35) exemplifica claramente a lógica que deve conduzir a aplicação do princípio da precaução:

Em nossa vida diária buscamos evitar os riscos conhecidos, muito embora não vivamos tentando evitar os riscos desconhecidos – ou as surpresas. Evitamos andar em locais cujo índice de criminalidade seja elevado, muito embora não demonstremos preocupação ao caminhar no Jardim Botânico. A segunda hipótese indica uma preocupação desnecessária. Admitimos que algo possa ocorrer, todavia a probabilidade é de tal maneira remota que não chega a justificar uma preocupação real. As balas perdidas são motivos suficientes para que não saíamos de casa?

Nesse contexto, conclui-se que o princípio da precaução é uma ferramenta de proteção à sociedade e ao patrimônio ambiental. É nesse princípio que a Teoria do Risco Abstrato sustenta a necessidade de responsabilização por dano futuro, sendo aplicada à Responsabilidade Civil Objetiva, que busca a execução de sanções administrativas e também criminais com o propósito de reparação do dano, mesmo não havendo culpa do agente.

Faz-se necessário compreender que, implicitamente, existe previsão legal na Constituição Federal que disciplina a aplicação do princípio em questão, e, explicitamente, há essa previsão na Lei de Resíduos Sólidos, como também na Lei de Biossegurança.

No caso da restinga, percebe-se a grande importância da aplicação do princípio da precaução, tendo em vista que principalmente o impacto da urbanização humana tem causado grande fragmentação desses ambientes costeiros.

Além disso, o princípio da precaução impõe, como visto, que, na ausência de estudos conclusivos sobre um dano ou na existência de incertezas científicas, medidas devem ser tomadas para evitar que o dano ocorra, seja pela paralisação da atividade degradadora, seja pela retirada de produtos do mercado, dentre outras medidas excepcionais.

Devido à sua importante função ecológica e social, bem como à já intensa deterioração ocorrida na restinga, medidas precaucionais são imprescindíveis, tendo em vista que a ausência de certeza científica a respeito de um dano ou acerca do nexo de causalidade entre o ato danoso e a consequência negativa sobre o meio ambiente não podem continuar servindo para permitir sua degradação.

1.4.2 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção, diferentemente do princípio da precaução, trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência. Embora alguns autores os considerem como se um único princípio fossem, é inegável a distinção existente entre eles. Na prevenção, portanto, o perigo é concreto e a atividade exercida é classificada como perigosa.

Traduzindo tal ideia, Carolina Medeiros Bahia (2012, p. 131) esclarece que:

O princípio da prevenção pretende proteger os recursos naturais e evitar a consumação de danos ambientais, quando a probabilidade da degradação é bastante alta e, muitas vezes, demonstrada pelas próprias regras da experiência. Na sua aplicação, ele pode impor a adoção de medidas que impeçam a ocorrência de danos futuros, ainda quando estes sejam derivados de atividades ou empreendimentos devidamente licenciados e desenvolvidos de acordo com os padrões de qualidade ambiental.

Todavia, essa prevenção de danos ambientais não significa a eliminação de danos por completo. Paulo de Bessa Antunes (2014, p.48) sustenta que num empreendimento, por exemplo, avaliam-se conjuntamente a existência de danos ambientais e os benefícios gerados pelo empreendimento e, a partir dessa análise, poderá ser deferido ou indeferido o licenciamento ambiental, ou seja, será aplicado aqui o princípio do equilíbrio e os diversos interesses em questão serão ponderados. Essa afirmação, porém, surpreende, visto que o autor então parece admitir que mesmo que os danos ambientais sejam elevados, os benefícios gerados pelo empreendimento poderiam compensá-los.

Édis Milaré (2014, p. 266) sabiamente nos ensina que:

Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.

A lei nº 6.938 de 1981, conhecida como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, aponta, em seu artigo 2º, que o princípio da prevenção deve ser aplicado na proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas, assim como na proteção de áreas ameaçadas de degradação. Também na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 o princípio 8 faz referência ao princípio da prevenção, como a seguir transcrito:

Princípio 8 - A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas públicas apropriadas.

Destarte, tem o Direito Ambiental propósitos essencialmente preventivos. Concentra-se principalmente no momento anterior à consumação do dano, ao do mero risco. Sendo a reparação, na maioria das vezes, incerta e onerosa, a prevenção acaba sendo considerada a melhor, quando não a única, solução.

Por fim, como se denota da passagem de Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 119), são doze os itens que comportam a aplicação do princípio da prevenção, quais sejam:

1) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza; 2) identificação das fontes contaminantes das águas e do ar, quanto ao controle da poluição; 3) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 4) planejamento ambiental e econômico integrados; 5) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; 6) Estudo de impacto Ambiental; 7) prestação de informações contínuas e completas; 8) emprego de novas tecnologias; 9) autorização e licenciamento ambiental; 10) monitoramento; 11) inspeção e auditoria ambientais; 12) sanções administrativas ou judiciais.

Como acima mencionado, o Estudo de Impacto Ambiental, por exemplo, é importante ferramenta de avaliação de efeitos negativos que uma atividade pode vir a desencadear. Previsto no inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal ⁷, esse instrumento viabiliza a adoção de medidas preventivas e mitigatórias.

1.4.3 Princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental e do mínimo existencial ecológico

Muitas são as conquistas já realizadas em favor do meio ambiente equilibrado a que todos têm direito. Sabendo que a legislação está sempre sujeita a modificações, tendo em vista o passar do tempo e as variações de entendimento, muitos ambientalistas preocupam-se não somente em aperfeiçoar a legislação que cuida do meio ambiente, mas, principalmente, interessam-se em assegurar que aquilo que já foi conquistado seja conservado.

Nesse viés, têm-se dois elementos intimamente interligados, quais sejam o do mínimo existencial ecológico e o da proibição do retrocesso em matéria ambiental. O primeiro procura garantir um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o princípio da dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. Garantido esse mínimo, busca-se certificar que não ocorra retrocesso com relação à proteção do meio ambiente por meio do princípio da proibição do retrocesso ambiental.

⁷ CRFB, Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

Resumindo, a legislação ambiental vigente é um instrumento para se alcançar a concretização do mínimo existencial ecológico e é a partir dessa mesma legislação que os ambientalistas pretendem evitar que ocorra uma regressão da proteção ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça, em interessante matéria publicada no dia 31 de maio de 2010 com o título: “Princípios de interpretação ajudam o STJ a fundamentar decisões na área ambiental”⁸, reconheceu variados princípios de Direito Ambiental como de extrema relevância na fundamentação de suas decisões. Dentre eles, encontra-se elencado o princípio do mínimo existencial ecológico, definido nos seguintes termos:

Postula que, por trás da garantia constitucional do mínimo existencial, subjaz a ideia de que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada à qualidade ambiental. Ao conferir dimensão ecológica ao núcleo normativo, assenta a premissa de que não existe patamar mínimo de bem-estar sem respeito ao direito fundamental do meio ambiente sadio.

Traz também o conceito do princípio da proibição do retrocesso ecológico:

Pressupõe que a salvaguarda do meio ambiente tem caráter irretroativo: não pode admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados, a menos que as circunstâncias de fato sejam significativamente alteradas. Essa argumentação busca estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, para além do qual devem rumar as futuras medidas normativas de tutela, impondo limites a impulsos revisionistas da legislação.

Nesse sentido, é possível afirmar a relevância do princípio do mínimo existencial ecológico relacionado ao princípio da proibição do retrocesso ecológico. Aquele deve ser considerado sob a ótica de que, por mais que existam leis e mecanismos que visam à proteção do meio ambiente, é importante notar que qualquer retrocesso legislativo pode logo acarretar baixos níveis de preservação.

Se a coletividade, conforme dispõe Patryck de Araújo Ayala (2012, p. 120; 121), deve defender e garantir que sua forma de agir não degrade a qualidade de vida de um bem que é indivisível e que pode afetar o bem-estar de outros seres, cabe ao Estado, prioritariamente, assegurar que esta qualidade não seja degradada por deficiência em sua proteção normativa ou por insuficiência na proteção, como o descaso com as áreas de restinga.

⁸ Notícia disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97483

1.5 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Para finalizar esse primeiro capítulo, pretende-se lembrar da função socioambiental da propriedade, que não se configura como simples limitação ao exercício do direito de propriedade, como será esclarecido a seguir.

É no texto da Constituição Federal que se observa a determinação da função socioambiental da propriedade. O artigo 5º trata dos direitos e garantias individuais, determinando no inciso XXII o direito da propriedade, bem como especificando no inciso XXIII que a propriedade cumprirá a função social, restando demonstrada o acolhimento desse princípio por todo o ordenamento jurídico vigente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988).

Édis Milaré (2014, p. 274) explica que, mesmo sendo um direito fundamental, o direito de propriedade não é ilimitado e inatingível. Por isso, o legislador acertou quando declarou, de forma veemente, que o uso da propriedade deverá ser subordinado ao bem-estar social e à defesa do meio ambiente.

A função socioambiental da propriedade envolve tanto a propriedade urbana como a propriedade rural. A função socioambiental da propriedade urbana foi considerada no artigo 182, §2º da Constituição Federal, transcrito a seguir:

Art. 182º A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor; (BRASIL, 1988).

Já a função socioambiental da propriedade rural foi qualificada no artigo 186, também da Lei Maior, no qual foram estabelecidos quatro requisitos representativos do seu

cumprimento, como, por exemplo, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Art. 186º A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; (BRASIL, 1988).

Significa, portanto, que hoje a propriedade não carrega mais aquela acepção individualista encontrada no Código Civil de 1916, que era voltada a uma sociedade muito mais rural e agrária. Em contrapartida, atualmente, a população concentra-se em maior número nas regiões urbanas, ficando cada vez mais evidente o sentido social da propriedade, como fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar de todos.

Ainda, a Constituição Federal brasileira, ao elevar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito e dever fundamental, no artigo 225, impôs ao Poder Público deveres de proteção, mediante atitudes prestacionais positivas e omissivas, impondo, portanto, proibições de lesão e obrigações de prestação, que constituem as suas respectivas garantias. Impôs também restrições à coletividade no uso dos elementos naturais, bases da vida, cujos processos ecológicos essenciais são igualmente protegidos constitucionalmente.

Dentre estas restrições de uso, está o condicionamento da propriedade à sua função socioambiental. Isto não quer dizer que o direito de propriedade foi restringido, mas essencialmente que ele só existe se e enquanto cumpre sua função socioambiental. Da mesma forma, o artigo 225 serve como orientação para todo o ordenamento jurídico, inclusive para os capítulos que tratam da ordem econômica. Assim, quando a Constituição trata, no artigo 170, VI, sobre a ordem econômica, coloca como obrigatória a observância da proteção do meio ambiente.

Neste contexto, o conceito contemporâneo de propriedade privada não corresponde mais ao tradicional privatista, passando a assumir uma dimensão coletiva, social, ambiental e, de forma mais atual, ecológica.

Isto posto, a legislação brasileira foi adequada à nova realidade, de maneira que o direito de propriedade estivesse definido pela verificação da função social, contemplando também a função ambiental, observados pelo Código Civil, em seu artigo 1.228, §§1º e 2º:

Art. 1.228º O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (BRASIL, 2002).

Essas limitações urbanas legais dispostas no Código Civil procuram harmonizar o direito de propriedade a princípios relacionados aos interesses difusos, destacando-se o meio ambiente, que, em regra, prevalece sobre os interesses econômicos.

Voltando agora a atenção ao objeto do presente trabalho, revela-se o grande conflito existente quando se procura classificar a restinga como área de preservação permanente, pois de um lado há o interesse individual econômico, tutelado pelo direito fundamental à propriedade e à iniciativa privada. Do outro lado, porém, há o interesse difuso ambiental, que está amparado pelo direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A liberdade de empreender deve ser delineada pela liberdade das presentes e futuras gerações usufruírem de um ambiente sadio e equilibrado. Sendo assim, revela-se a necessidade de haver um desenvolvimento econômico compatível com o meio ambiente, como bem preceitua o artigo 170 da Carta Magna, mantendo-o ecologicamente equilibrado e provocando, dessa forma, o desenvolvimento e o uso sustentável dos recursos naturais, lembrando que a natureza não é inesgotável.

Conforme aponta José Afonso da Silva (1994, p. 08):

A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como sua conservação no interesse das gerações futuras.

A essa altura é possível então afirmar que muito mais do que simples restrições ao direito de propriedade, a função socioambiental da propriedade gera condições para que ocorra o desenvolvimento social e econômico, preservando o meio ambiente, de forma que isso procure promover benefícios à maioria.

Sendo futuramente a totalidade da restinga considerada como área de preservação permanente, cabe ao Poder Público, nesses casos pontuais, proteger o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em detrimento ao direito de propriedade.

Ninguém pretende impedir o crescimento e o desenvolvimento das cidades, contudo, à medida que ficam evidenciados os enormes impactos ao meio ambiente, aumenta também o cuidado, protegendo e valorizando a natureza, em busca de uma harmonização entre a sociedade, o desenvolvimento econômico e o meio ambiente.

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA RESTINGA E AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Nesse segundo capítulo, busca-se resgatar o histórico da legislação brasileira referente à restinga, apresentando e explicando as principais leis e resoluções atinentes ao tema. Ainda, considera-se de extrema importância trazer uma explicação mais detalhada quanto às áreas de preservação permanente - APP e a forma como foi tratada pelo Novo Código Florestal, visto que o presente estudo busca esclarecer a classificação da restinga como uma APP. É o que será exposto a seguir.

2.1 A RESTINGA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes mesmo de o Direito Ambiental se consolidar como uma área autônoma da Ciência Jurídica, diversos dispositivos procuraram, ao longo do tempo, estabelecer uma proteção legal ao meio ambiente. O desenvolvimento foi lento e percorreu longas distâncias até firmar uma política ambiental em todo o Brasil.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1999, p. 51) defende que a evolução da legislação ambiental brasileira se deu em três fases ou momentos históricos, sendo elas a fase de exploração desregrada, a fase fragmentária e a fase holística.

Luís Paulo Sirvinskaskas (2014, p. 78) também faz essa divisão da proteção jurídica do meio ambiente no Brasil em três períodos. O primeiro período corresponde ao ano de descobrimento do Brasil e se estende até a vinda da Família Real Portuguesa, em 1808. O segundo período se inicia no ano de 1808 e vai até a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981. Nessa fase já é possível destacar marcos históricos que interessam ao presente estudo, como o Código Florestal de 1934 e o Código Florestal de 1965.

Porém, é no terceiro período, chamado também de fase holística, que está situado o maior número de normas correspondentes ao histórico legislativo da restinga. Denomina-se fase holística, pois, conforme explica Luís Paulo Sirvinskaskas (2014, p. 79), consiste em proteger de maneira integral o meio ambiente por meio de um sistema ecológico integrado. Destacam-se as Resoluções do Conama, a Lei da Mata Atlântica e o Código Florestal de 2012, todos abordados com maior profundidade a seguir.

2.1.1 Código Florestal de 1965

Desde 1934, com a edição do primeiro Código Florestal, é notório que a proteção às florestas vem sendo objeto de preocupação do legislador. O Código mencionado veio a ser posteriormente substituído pela lei nº 4.771 de 1965.

É nítido o progresso quando se percebe, por exemplo, que o Código de 1934, apesar de já bastante avançado, somente atribuía proteção às florestas. Já o Código de 1965 ampliou o âmbito de proteção ao fazer referência também às “demais formas de vegetação”, muito importantes para as terras que cobrem.

Como destacam Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 109), com a edição do Código Florestal de 1965, as restingas, quando dotadas de vegetação com função de fixar dunas ou estabilizar mangues, passaram a ser consideradas áreas de preservação permanente, conforme pode ser observado no artigo 2º, da referida lei, transcrito abaixo:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
(BRASIL, 1965).

Mesmo sendo louvável o avanço legal na proteção da restinga, os sucessivos atos regulamentadores e a interpretação em sentido lato conferida a eles acarretaram uma série de incertezas na aplicação da Lei.

2.1.2 Resoluções do Conama

Com a lei nº 6.938 de 1981, o Congresso Nacional dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Mais especificamente no artigo 6º, elencou os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público que constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

É no inciso II do referido artigo que se encontra elencado o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), órgão consultivo e deliberativo, que tem por finalidade “assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre

normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”.

Tem-se, portanto, um órgão com função consultiva, bem como deliberativa. Matheus Jacob Fialdini e Alexandre Petry Helena (2012, p. 302) destacam que, ao contrário do Conselho de Governo⁹, apesar de ser órgão superior, que tem como propósito assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais, o Conama delibera mediante a edição de normas, no âmbito de sua competência, em matéria ambiental.

Como órgão consultivo, o Conama auxilia o Conselho de Governo a estabelecer, sempre em matéria ambiental, políticas públicas. Enquanto órgão deliberativo, emite, no âmbito de sua competência, regramentos infralegais acerca de normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Ficou ainda o Congresso Nacional encarregado de reafirmar que o Conama é um órgão consultivo e deliberativo ao regulamentar o artigo 225, § 1º, I, II, III e VII, da Constituição Federal de 1988, por meio da lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC¹⁰.

Matheus Jacob Fialdini e Alexandre Petry Helena (2012, p. 303) ainda confirmam que:

A competência normativa do Conama também é reconhecida pelo Decreto 99.274, de 06.06.1990, que ao regulamentar a Lei 6.902/1981, e a Lei 6.938/1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, afirmou em seu artigo 7º, VIII e IX (redações dadas pelo Decreto 3.942/2001) que compete ao Conama “deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida” e “estabelecer os critérios técnicos para declaração de áreas críticas, saturadas ou em vias de saturação”; e, ainda, pelo Decreto 6.101, de 26.04.2007, cujo artigo 35 previu que “ao Conama cabe exercer as competências de que trata a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981”.

⁹ O Conselho de Governo, segundo definição do MPRJ, é órgão superior colegiado que reúne todos os ministros e a Casa Civil tendo por função assessorar a Presidência da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais.

¹⁰ Art. 6º - O SNUC será gerido pelos seguintes órgãos, com as respectivas atribuições:

I – Órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, com as atribuições de acompanhar a implementação do Sistema;

II - Órgão central: o Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de coordenar o Sistema; e

III - órgãos executores: o Instituto Chico Mendes e o Ibama, em caráter supletivo, os órgãos estaduais e municipais, com a função de implementar o SNUC, subsidiar as propostas de criação e administrar as unidades de conservação federais, estaduais e municipais, nas respectivas esferas de atuação.

Parágrafo único. Podem integrar o SNUC, excepcionalmente e a critério do Conama, unidades de conservação estaduais e municipais que, concebidas para atender a peculiaridades regionais ou locais, possuam objetivos de manejo que não possam ser satisfatoriamente atendidos por nenhuma categoria prevista nesta Lei e cujas características permitam, em relação a estas, uma clara distinção.

Cumpra, por fim, lembrar que a competência do Conama não foi alcançada pelo artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT¹¹, da Constituição de 1988 e que, até hoje, nenhuma resolução do Conama foi declarada inconstitucional.

Neste contexto, muitas resoluções do Conama foram expedidas com o propósito de regulamentar alguns comandos incertos na lei nº 4.771 de 1965. As mais relevantes referentes à restinga serão destacadas a seguir.

2.1.2.1 Resolução nº 04, de 18 de setembro de 1985

Genericamente, a Resolução nº 4 de 1985, atualmente revogada, tratava das reservas ecológicas. Observem-se os artigos 2º e 3º:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução são estabelecidas as seguintes definições:

1) depressão - forma de relevo que se apresenta em posição altimétrica mais baixa do que porções contíguas;

2) restinga - acumulação arenosa litorânea, paralela à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzida por sedimentos transportados pelo mar, onde se encontram associações vegetais mistas características, comumente conhecidas como "vegetação de restingas";

Art. 3º São Reservas Ecológicas:

b) - as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

VII - nas restingas, em faixa mínima de 300 (trezentos) metros a contar da linha de preamar máxima; (BRASIL, 1985).

No artigo 2º foi determinado o conceito de restinga, sendo esta considerada um dos tipos de depressão elencados no aludido artigo. Já no artigo 3º fica estabelecido que as florestas e também outras formas de vegetação natural assentadas nas restingas, em faixa mínima de trezentos metros a contar da linha de preamar máxima, são consideradas reservas ecológicas.

2.1.2.2 Resolução nº 07, de 23 de julho de 1996

Desde a edição das resoluções para regulamentação dos estágios sucessionais de restinga, em 1996, Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 113) afirmam que o Conama buscou eliminar discordâncias conceituais acolhendo nos diplomas seguintes a

¹¹ O artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT vedou completamente a possibilidade de delegação a órgão do Poder Executivo no que se refere à ação normativa.

definição de “restinga” para a feição geológica-geomorfológica e “vegetação de restinga” para formações vegetais costeiras. Essas discordâncias conceituais ainda hoje são motivo de grande discussão, assunto que será tratado no tópico 2.2 deste trabalho.

A Resolução nº 7 de 1996 trouxe algumas diretrizes a servirem como parâmetro para análise dos estágios de sucessão de vegetação de restinga para o Estado de São Paulo.

Art. 1º Aprovar como parâmetro básico para análise dos estágios de sucessão de vegetação de restinga para o Estado de São Paulo, as diretrizes constantes no anexo desta Resolução. (BRASIL, 1996).

O conceito de vegetação de restinga se encontra na introdução do anexo da Resolução:

Entende-se por vegetação de restinga o conjunto das comunidades vegetais, fisionomicamente distintas, sob influência marinha e fluvio-marinha. Essas comunidades, distribuídas em mosaico, ocorrem em áreas de grande diversidade ecológica, sendo consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do solo que do clima. Essas formações, para efeito desta Resolução, são divididas em: Vegetação de Praias e Dunas, Vegetação Sobre Cordões Arenosos e Vegetação Associada às Depressões. Na restinga os estágios sucessionais diferem das formações ombrófilas e estacionais, ocorrendo notadamente de forma mais lenta, em função do substrato que não favorece o estabelecimento inicial da vegetação, principalmente por dissecação e ausência de nutrientes. O corte da vegetação ocasiona uma reposição lenta, geralmente de porte e diversidade menores, onde algumas espécies passam a predominar. Dada a fragilidade desse ecossistema a vegetação exerce papel fundamental para a estabilização de dunas e mangues, assim como para a manutenção da drenagem natural. (BRASIL, 1996).

Analisando as duas resoluções já mencionadas, é possível verificar que, consoante destacam Édís Milaré e Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 113), o conceito de “restinga”, determinado desde a Resolução nº 4 de 1985, e de “vegetação de restinga”, instituído na Resolução nº 7 de 1996, com evidente distinção entre os objetos aventados, coexistiram por muitos anos.

2.1.2.3 Resolução nº 261, de 30 de junho de 1999

A Resolução nº 261 de 1999, considerando o disposto no artigo 6º do Decreto nº 750, de 10 de fevereiro de 1993¹², aprovou parâmetro básico para análise dos estágios sucessivos de vegetação de restinga para o Estado de Santa Catarina, como se observa no artigo 1º a seguir transcrito:

Art. 1º Aprovar, como parâmetro básico para análise dos estágios sucessionais de vegetação de restinga para o Estado de Santa Catarina, as diretrizes constantes no Anexo desta Resolução. (BRASIL, 1999).

Na introdução de seu anexo, assim conceituou restinga:

Entende-se por restinga um conjunto de ecossistemas que compreende comunidades vegetais florísticas e fisionomicamente distintas, situadas em terrenos predominantemente arenosos, de origens marinha, fluvial, lagunar, eólica ou combinações destas, de idade quaternária, em geral com solos pouco desenvolvidos. Estas comunidades vegetais formam um complexo vegetacional edáfico e pioneiro, que depende mais da natureza do solo que do clima, encontrando-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões associadas, planícies e terraços.

A vegetação de restinga compreende formações originalmente herbáceas, subarbustivas, arbustivas ou arbóreas, que podem ocorrer em mosaicos e também possuir áreas ainda naturalmente desprovidas de vegetação; tais formações podem ter-se mantido primárias ou passado a secundárias, como resultado de processos naturais ou de intervenções humanas. Em função da fragilidade dos ecossistemas de restinga, sua vegetação exerce papel fundamental para a estabilização dos sedimentos e a manutenção da drenagem natural, bem como para a preservação da fauna residente e migratória associada à restinga e que encontra neste ambiente disponibilidade de alimentos e locais seguros para nidificar e proteger-se dos predadores.

A vegetação de ambientes rochosos associados à restinga, tais como costões e afloramentos, quando composta por espécies também encontradas nos locais citados no primeiro parágrafo, será considerada como vegetação de restinga, para efeito desta Resolução. A vegetação encontrada nas áreas de transição entre a restinga e as formações da floresta ombrófila densa, igualmente será considerada como restinga. As áreas de transição entre a restinga e o manguezal, bem como entre este e a floresta ombrófila densa, serão consideradas como manguezal, para fins de licenciamento de atividades localizadas no Domínio Mata Atlântica.

A composição florística e estrutural das três fitofisionomias originais ou primárias da restinga e de seus estágios sucessionais passa a ser caracterizada a seguir. (BRASIL, 1999).

¹² Art. 6º A definição de vegetação primária e secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração da Mata Atlântica será de iniciativa do IBAMA, ouvido o órgão competente, aprovado pelo CONAMA. Parágrafo único. Qualquer intervenção na Mata Atlântica primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração só poderá ocorrer após o atendimento do disposto no caput deste artigo.

Observando essa Resolução, percebe-se que ocorrendo ou não acidente geográfico restinga, a vegetação encontrada em determinadas áreas também poderá ser considerada como vegetação de restinga. Essa resolução de 1999 também dá especial destaque ao papel fundamental exercido pela vegetação de restinga, que estabiliza sedimentos e mantém a drenagem natural, além de auxiliar na preservação da fauna ali encontrada, visto que no local muitos animais encontram alimento e área segura para construir ninhos.

2.1.2.4 Resolução nº 303, de 20 de março de 2002

Essa resolução versa sobre parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente - APPs instituídas pela lei nº 4.771/1965. Revogou a já mencionada resolução nº 4 de 1985, apresentando nova aceção de restinga que não parece se afastar consideravelmente da predecessora. Assim, o inciso VIII do artigo 2º da Resolução nº 302/02 veicula que:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:
VIII - restinga: depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorre em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivos e abóreo, este último mais interiorizado; (BRASIL, 2002).

Com a leitura da última linha do inciso VIII supramencionado, cabe destacar que uma das novidades mais significativas da Resolução nº 303/02 consiste no anseio em fazer breves apontamentos quanto à vegetação que encobre a restinga, que não deveria ser confundida com o acidente geográfico restinga.

Ainda na Resolução nº 303/02, destacam-se as alíneas “a” e “b” do inciso IX do artigo 3º:

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:
IX - nas restingas:
a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;
b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues; (BRASIL, 2002).

Buscando dar eficácia à proteção das restingas, o Conama estabeleceu a hipótese de APP de restinga, referente àquela situada na faixa dos 300 metros medidos a partir da preamar máxima, bem como em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues.

2.1.2.5 Resolução nº 417, de 23 de novembro de 2009

Por último, importante ressaltar a Resolução nº 417 de 2009 na qual o Conama, pretendendo confirmar a diferença existente entre restinga e vegetação de restinga, dispôs sobre os parâmetros básicos da vegetação de restinga na Mata Atlântica em regulamentação ao artigo 4º da lei 11.428 de 2006.

Art. 1º Esta Resolução estabelece parâmetros básicos para análise e definição de vegetação primária e dos distintos estágios sucessionais secundários da vegetação de Restinga na Mata Atlântica. (BRASIL, 2009).

Alegam Édís Milaré e Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 113) que a aludida resolução dispõe que a “vegetação de restinga” compreende também “a vegetação situada nos ambientes rochosos litorâneos, demonstrando, insofismavelmente, que a matéria não se refere à restinga geológica-geomorfológica, visto de todo impossível estender o conceito de restinga física aos, ressalte-se, ambientes rochosos litorâneos”. Observe-se:

Art. 2º Para o disposto nesta Resolução entende-se por:

III - Vegetação de Restinga: o conjunto de comunidades vegetais, distribuídas em mosaico, associado aos depósitos arenosos costeiros quaternários e aos ambientes rochosos litorâneos - também consideradas comunidades edáficas - por dependerem mais da natureza do solo do que do clima, encontradas nos ambientes de praias, cordões arenosos, dunas, depressões e transições para ambientes adjacentes, podendo apresentar, de acordo com a fitofisionomia predominante, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado (grifo nosso). (BRASIL, 2009).

Desta forma, há também nessa resolução uma abrangência maior do termo, ficando claro que a vegetação de restinga não existe apenas na restinga geológica-geomorfológica.

2.1.3 Lei da Mata Atlântica

A lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, forneceu diretrizes para engrandecer a noção de “patrimônio nacional” atribuído não só à Mata Atlântica, como a outros espaços territoriais brasileiros, de acordo com o que dispõe o artigo 225, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB. Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 926) ensina que a Mata Atlântica estendia-se, originalmente, por cerca de 1.300.000 km² do território brasileiro. Os remanescentes primários e em estágio médio/avançado de regeneração compreendem, hoje, somente 7,84% da cobertura florestal original. Com isso, o Bioma Mata Atlântica é considerado um dos mais ameaçados de extinção do mundo.

Essa lei refere-se às “formações florestais nativas e ecossistemas associados”, englobando também as vegetações de restinga, como pode ser observado a seguir:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste (grifo nosso). (BRASIL, 2006)

Consoante a Lei da Mata Atlântica, a restinga representa outro grupo de espaço territorial ambientalmente protegido e deverá seguir o regime de proteção da referida Lei e de seu Decreto regulamentador (Decreto nº 6.660/2008).

Insta salientar, portanto, que a Lei da Mata Atlântica, quando for mais protetiva em relação à restinga, será preferencialmente aplicada, pois deve ser levado em consideração o critério da especialidade – chamado também de *lex specialis*. Esse critério revela que a lei que contiver os elementos universais e também acrescentar as especificidades da matéria deverá afastar a aplicação daquela norma que aborde o assunto em questão de maneira mais generalizada. Ou seja, sendo a preservação da restinga, em áreas de Mata Atlântica, melhor assegurada na Lei da Mata Atlântica, é esta que deverá ser empregada.

2.1.4 Novo Código Florestal

Mais conhecida como Novo Código Florestal, a lei nº 12.651 de 2012 revogou a lei nº 4.771 de 1965, bem como outras normas que dispunham sobre a proteção das florestas e outras formas de vegetação nativas.

O Novo Código nasceu marcado por polêmicas e por fortes e acalorados debates, como bem destaca Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 1). Esse intenso debate revela o grau de explosividade do tema, situação esta que se mantém até os dias atuais.

A lei nº 12.651 de 2012 tem um campo de abrangência menor quando comparada ao Decreto nº 23.793 de 1934, que aprovou o primeiro Código Florestal, e à lei nº 4.771 de 1965, que o substituiu. Assim é, conforme Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 3), por causa das muitas leis especiais que foram criadas desde o Código Florestal de 1934, que assumiram o papel de principal texto normativo para as áreas por elas reguladas.

No inciso XVI do artigo 3º do Novo Código Florestal é possível conferir a definição atribuída à restinga:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

XVI - restinga: depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, com cobertura vegetal em mosaico, encontrada em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado; (BRASIL, 2012).

Já no artigo 4º encontra-se a indicação como área de preservação permanente “as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”.

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; (BRASIL, 2012).

A redação encontrada no regime anterior diferencia-se apenas no uso da conjunção “nas”, agora substituída por “as”. O assunto da restinga como área de preservação permanente no Novo Código Florestal será abordado com maior profundidade no tópico 2.3, que trata especificamente sobre essa matéria.

2.2 O CONCEITO DE RESTINGA COMO UM DOS PRINCIPAIS FATORES DE CONTROVÉRSIA: RESTINGA GEOLÓGICA-GEOMORFOLÓGICA E VEGETAÇÃO DE RESTINGA

Como já superficialmente abordado nos tópicos anteriores, há uma grande discussão acerca do sentido que deve ser dado ao termo “restinga”. Muitos entendem que esse termo se refere ao caráter geológico da restinga, já outros acreditam que o termo abrange a “vegetação de restinga”.

Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 113) lembram que o conceito de restinga já foi motivo de discussão por seu uso, no Brasil, nas mais variadas áreas do conhecimento, como a geologia, a geografia, a geomorfologia, a botânica e a ecologia. Hoje a polêmica está no significado compreendido ao termo, devendo abranger também as vegetações litorâneas na opinião de muitos estudiosos. Os doutrinadores ainda destacam que (2014, p. 109):

De início, a confusão estabelecida entre o conceito físico de “restinga”, de caráter geológico-morfológico, e “vegetação de restinga” oportunizou, inclusive, entendimentos que levaram a considerar como restinga praticamente toda a planície costeira brasileira, em flagrante descompasso não só com o fundamento científico, mas também com o próprio comando legal.

O esclarecimento desse impasse é completamente indispensável, visto que é a partir dessa controvérsia que muitos indagam se a restinga protegida pelo Código Florestal é de natureza geológica ou florestal.

Luís Carlos Silva de Moraes (2009, p. 79) também segue a mesma linha de pensamento ao afirmar que:

Assim, é necessário esclarecer que “restinga” é uma formação geomorfológica, ou seja, estrutura geológica com forma definida. É um “termo de origem espanhola registrado na literatura [...] do século XV, referindo-se à barra ou barreira de natureza arenosa, especialmente quando essas feições fecham lagunas costeiras’ e que, ‘neste caso, a RESTINGA é normalmente interrompida por braços de maré que estabelecem a ligação parcial entre as águas da laguna e o oceano aberto”.

Há também nos dicionários especializados, como o Glossário geológico e Glossário de oceanografia, conceitos que permitem elucidar o sentido geológico e geomorfológico do termo “restinga”. Ambos fornecem o mesmo significado.

Já o Ministério Público de Santa Catarina, na redação da petição inicial da ação civil pública nº 023.12.021898-7, entende que:

Para o Código Florestal e as normas que o complementam, Restinga não é acidente geográfico ou náutico, como pretendem os recorrentes; seria, para usar a mesma estrutura linguística, acidente botânico ou, melhor dizendo, acidente ecológico, porquanto abraça, na sua caracterização, um amplo e variado mosaico de ecossistemas, associados a referências de solo (p. ex., terrenos arenosos, praias, dunas frontais, dunas internas, cordões arenosos, planícies, lagunas, banhados e baixadas) e com a inclusão de formações florísticas diversificadas, que vão da vegetação herbácea (ou rasteira) de praias e dunas ao escrube e às Florestas de Transição Restinga-Encosta, passando pelas formações pioneiras de influência marinha arbustivas e arbóreas. Isso quer dizer que o art. 2º do Código Florestal garante a preservação da Vegetação de Restinga, não a Restinga como formação geológica ou acidente geográfico.

De qualquer forma, cabe aqui registrar a oportunidade que foi perdida quando da redação pouco precisa do Novo Código Florestal. Se já era de conhecimento de todos a dúvida existente quanto ao alcance do termo “restinga”, difícil compreender o motivo pelo qual o inciso VI do artigo 4º não foi redigido de forma mais esclarecedora.

2.3 ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS: AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Buscando assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal determinou, no artigo 225, §1º, III, a obrigação do Poder Público em:

[...] definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (BRASIL, 1988).

São considerados espaços territoriais especialmente protegidos as unidades de conservação, disciplinadas na lei nº 9.985/2000; a Mata Atlântica, com previsão no artigo 225, §4º da CRFB/88, como também no Decreto nº 6.660/2008 e na lei nº 11.428/2006; a zona costeira, regulada pela lei nº 7.661/1988; as áreas de preservação permanente, conforme os artigos 4º a 9º, e a reserva legal, nos artigos 12 a 24, ambas previstas na lei nº 12.651/2012.

As áreas de preservação permanente, objeto do presente tópico, tiveram sua origem em 1921, consoante Paulo de Bessa Antunes, quando foi criado o Serviço Florestal do Brasil, através do Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro daquele ano, editado pelo Ministério

da Agricultura, Indústria e Comércio. O referido Decreto visava à conservação dos recursos florestais, vistos agora como bens de interesse público.

Cabe aqui transcrever o artigo 3º do Decreto nº 4.421:

Art. 3º Ao Serviço Florestal incumbe:

I – Promover e auxiliar a conservação, criação e guarda das florestas protetoras, isto é, das que servem para:

§1º Beneficiar a higiene e saúde pública.

§2º Garantir a pureza e abundância dos mananciais aproveitáveis à alimentação.

§3º Equilibrar o regime das águas correntes que se destinam não só às irrigações das terras agrícolas como também as que servem de vias de transporte e se prestam ao aproveitamento de energia.

§4º Evitar os efeitos danosos dos agentes atmosféricos; impedir a destruição produzida pelos ventos; obstar a deslocação das areias movediças como também os esbarrocamentos, as erosões violentas, quer pelos rios, quer pelo mar.

§5º Auxiliar a defesa das fronteiras. (BRASIL, 1921).

Portanto, deduzem-se, de acordo com Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 12) que as florestas protetoras são antecedentes diretos das áreas de preservação permanente atualmente existentes no direito brasileiro. Aquelas eram consideradas importantes na manutenção da higiene e saúde pública; em garantir a pureza e abundância dos mananciais aproveitáveis à alimentação; além de buscar o equilíbrio do regime das águas correntes que se destinam à agricultura, ao transporte e ao aproveitamento de energia.

Num contexto de tendências centralizadoras na década de 1930, o Código Florestal de 1934 tomou o lugar do Decreto nº 4.421. O Código Florestal se constituiu em instrumento de intervencionismo “moderado”, visto que foi mantido o modelo de propriedade privada. Buscava principalmente estimular a produção madeireira e de produtos florestais. Ainda, manteve a antiga categoria das florestas protetoras e estabeleceu também as remanescentes, a modelo e a de rendimento (ANTUNES, 2014).

Com o advento do Código Florestal Brasileiro de 1965, marcou-se o início da efetiva e necessária gestão dos recursos naturais no território brasileiro, com elementos de proteção ao meio físico, notadamente sobre os solos e as águas e ao meio biótico, como as florestas e demais formas de vegetação.

No Novo Código Florestal de 2012, a definição das áreas de preservação permanente foi mantida no artigo 3º, II, conforme já constava no Código de 1965, como “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os

recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

O conceito de APP cita expressamente a sua função ambiental, função esta que por diversas vezes deixa de existir quando não há mais vegetação. Mesmo se enquadrando em alguma das hipóteses do artigo 4º do novo Código Florestal, determinados locais, infelizmente, já não possuem nenhuma função ecológica a respaldar a aplicação da norma, por serem áreas que ao longo do tempo foram descaracterizadas pela ação humana.

Relacionadas no artigo 4º da lei nº 12.651/2012 estão as áreas às quais, devido às características individuais e relevância para o equilíbrio ambiental, deve ser atribuída proteção especial pelo legislador e Poder Público, alavancando-as à categoria de Área de Preservação Permanente.

Conforme explica Antomar Viegas de Oliveira Júnior (p. 9, 2011), o Novo Código Florestal, acompanhando a legislação anterior, delimitou e instituiu a individualização das áreas de preservação permanente com base em parâmetros do meio físico, como a largura das margens dos cursos d'água, lagoas, nascentes e reservatórios d'água; encostas com declividade acima de 45 graus; localização nos topos de morros a partir da curva de nível correspondente a 2/3 da altura da elevação; nos manguezais e no entorno das veredas; nas restingas; nas altitudes acima de 1800 metros.

Com relação às faixas marginais, é possível destacar algumas mudanças de caráter quantitativo, se comparado ao texto da lei nº 4.771/65. Há agora a necessidade de se manter pelo menos trinta metros de distância, podendo chegar até quinhentos metros, sendo essa distância determinada conforme a largura dos cursos hídricos. As alternativas estão elencadas no inciso I do artigo 4º da lei 12.651/2012 a seguir transcrito.

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

Se confrontado ao código revogado, havia a necessidade de se proteger, por exemplo, no mínimo cento e cinquenta metros para os cursos hídricos com largura entre cento e cinquenta e duzentos metros.

Como bem destaca José Rubens Morato Leite (2015, p. 338), foi substituído o nível de aferição das faixas marginais. Ao invés de se considerar a partir do nível mais alto das águas, o Novo Código Florestal passou a medir da borda da calha do leito regular. Ele ainda esclarece que o ponto de partida para a medição, portanto, agora é o nível do leito menor, e não mais nível de inundação. Com essa diferença, torna-se corriqueiro reconhecer a APP no interior do próprio leito.

Os últimos incisos englobam a proteção de outros serviços ecossistêmicos ou ecológicos, como as restingas, objeto do presente trabalho, além das encostas, manguezais, bordas dos tabuleiros ou chapadas - até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a cem metros em projeções horizontais, topo de morros, montes, montanhas e serras - com altura mínima de cem metros e inclinação média maior que 25°.

Vale ainda lembrar que ao contrário do disposto no artigo 2º do Código Florestal anterior, o caput do artigo 4º da nova Lei não condiciona a caracterização de área de preservação permanente à existência de “florestas e demais formas de vegetação natural”. Conforme disposto pela lei nº 12.651 de 2012, “considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei”, aquelas elencadas nos incisos acima enumerados. Sendo assim, o novo diploma define, de forma cabal, que a proteção se aplica ao espaço territorial delimitado pelos parâmetros que estabelece, sem consideração sobre a ocorrência ou qualidade da cobertura vegetal eventualmente presente no espaço protegido.

Ainda, no artigo 6º da lei nº 12.651 de 2012, estão elencadas as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação que poderão ser consideradas como área de preservação permanente por força de ato do Poder Público:

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

- I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;
 - II - proteger as restingas ou veredas;
 - III - proteger várzeas;
 - IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;
 - V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;
 - VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
 - VII - assegurar condições de bem-estar público;
 - VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.
 - IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional.
- (BRASIL, 2012).

A proteção das restingas, objeto do presente trabalho, foi elencada como uma das finalidades a serem apreciadas. No artigo 3º da Lei nº 4.771/65 já estavam previstas algumas hipóteses em que se poderiam caracterizar as florestas e demais formas de vegetação natural como de preservação permanentes, declaradas por ato do Poder Público. Porém, a proteção das restingas ou veredas não foi pela antiga lei considerada.

Com o artigo 6º do Novo Código Florestal, ampliaram-se as hipóteses, compreendendo as áreas cobertas com florestas, além de outras formas de vegetação com funções definidas, que estão especificadas em seus incisos.

Por fim, destaca-se a possibilidade de supressão de vegetação de preservação permanente prevista pelo artigo 8º do Novo Código Florestal:

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda. (BRASIL, 2012).

Diferenciando-se na forma como enunciava o Código de 1965, o artigo 8º da atual lei previu, em seu caput, as hipóteses em que poderá ocorrer a intervenção ou supressão de vegetação nativa em APP. Frisa-se também que todas estão submetidas ao mesmo regime,

tendo em vista que anteriormente as de baixo impacto ambiental não eram regidas pelas mesmas exigências das demais.

É necessário primeiramente observar que a definição dos fatos que são de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental com relação à supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente estão, respectivamente, expostos no artigo 3º, incisos VIII, IX e X.

São de utilidade pública, conforme o inciso VIII do artigo 3º, as atividades de segurança nacional e proteção sanitária; as obras de infraestrutura destinadas às concessões e a alguns serviços públicos, como de transporte, sistema viário, saneamento, gestão de resíduos; atividades e obras de defesa civil; atividades que comprovadamente proporcionem melhorias na proteção das funções ambientais; entre outros.

Segundo o inciso IX do artigo 3º, são de interesse social, por exemplo, as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa; a implantação de infraestrutura pública destinada a esportes, lazer e atividades educacionais e culturais ao ar livre em áreas urbanas e rurais consolidadas; implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos cujos recursos hídricos são partes integrantes e essenciais da atividade; as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente.

O rol das atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental é o mais extenso, destacando-se a pesquisa científica relativa a recursos ambientais, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável e a exploração agroflorestal e manejo florestal sustentável, comunitário e familiar, incluindo a extração de produtos florestais não madeireiros, desde que não descaracterizem a cobertura vegetal nativa existente nem prejudiquem a função ambiental da área.

Conforme o que dispõe o artigo 8º, § 1º, somente poderá ser autorizada a intervenção ou a supressão da vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas em caso de utilidade pública. Com relação à vegetação nativa em APP situada nas restingas estabilizadoras de mangues e nos manguezais, de acordo com o §2º do mesmo artigo, estas poderão, excepcionalmente, ser suprimidas ou sofrer intervenção nos lugares onde a função ecológica daquele ecossistema esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

3 A CLASSIFICAÇÃO DA RESTINGA COMO ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM IMPORTANTES JULGADOS E O CASO EM TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Após expostos o conceito e a função da restinga, os princípios relacionados à sua proteção e o histórico na legislação brasileira desse bioma hoje tão cobiçado, cabe nesse momento analisar como esse tema vem sendo tratado pelos órgãos julgadores.

3.1 ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS QUAIS A RESTINGA É CLASSIFICADA COMO APP

Mesmo sendo um assunto ainda não frequentemente discutido nas instâncias superiores, há importantes acórdãos referentes ao tema e que são de extrema relevância quando se procura compreender o atual debate existente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

3.1.1 Recurso especial nº 945.898/SC

O caso em tela trata de recurso interposto contra acórdão que manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em ação civil pública, determinando a recuperação ambiental de área de Restinga situada na Praia Mole, em Florianópolis. Cabe observar que a Ação Civil Pública foi proposta em 1995 pelo Ministério Público de Santa Catarina.

Os recorrentes alegavam violação do artigo 2º, f, da lei 4.771/1965 e destacavam, no Memorial distribuído aos Ministros e na sustentação oral realizada na Tribuna, a tese recursal de que a "vegetação de restinga" não se confunde com o "acidente geográfico restinga", ponto este já comentado no tópico 2.2 do presente trabalho como um dos principais motivos de controvérsia quando se trata da restinga.

Em decisão proferida em novembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 945.898/SC, entendeu que a vegetação na restinga, quando fixando dunas ou estabilizando mangues, é área de preservação permanente, como pode se observar na ementa do acórdão transcrita a seguir:

AMBIENTAL – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PRAIA MOLE - FLORIANÓPOLIS – VEGETAÇÃO DE RESTINGA ART. 2º, ALÍNEA F, DO CÓDIGO FLORESTAL – SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a preservação de área de vegetação de restinga, em virtude de degradação na localidade denominada Praia Mole, em Florianópolis. 2. O art. 2º, alínea f, do Código Florestal considera como área de preservação permanente a vegetação situada "nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues". 3. Hipótese em que a instância ordinária aplicou o mencionado dispositivo na sua literalidade, ao mencionar várias vezes – que a área degradada caracteriza-se não só como "restinga", mas possui "vegetação fixadora de dunas", o que é obviamente suficiente para caracterizar a área como de "preservação permanente". 4. Inexiste ofensa ao dispositivo de lei apontado pelos recorrentes, que, em verdade, buscam alterar a conceituação fática da região objeto da medida protetiva do parquet, o que é incabível na presente via (Súmula 7/STJ). 5. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA).

O Ministro Herman Benjamin, no corpo do mencionado acórdão, vai além, reforçando em seu voto o entendimento de que a vegetação de restinga, não apenas aquela fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues, deve ser considerada como área de preservação permanente, não importando a existência do acidente geográfico “restinga”.

Ele afirma que sendo considerada como área de preservação permanente apenas a vegetação situada no “acidente geográfico restinga”, estar-se-á negando a firme proteção à flora da restinga, que ocupa a maior parte da vegetação litorânea, rica em biodiversidade e com alto grau de endemismo.

Se o STJ adotasse a interpretação protegida pelos recorrentes, retirando a qualificação de APP, ficaria facilitado o desmatamento de um dos mais ameaçados e críticos ecossistemas do nosso país. Nas palavras do Ministro, a consequência seria “a liberação do corte raso e supressão de vegetação de restinga em todo o domínio da Mata Atlântica”.

Em seu voto, ele ainda lembra que o Código Florestal, mesmo se referindo a “áreas” em diversos dispositivos, trata de lei que busca resguardar primordialmente as características botânicas das várias faces da biodiversidade florística brasileira, ou seja, a vegetação nativa existente no território nacional. A vegetação de restinga, portanto, é uma dessas fitofisionomias. Ainda procurando esclarecer, ratifica ser o Código Florestal um instrumento de proteção de vegetação, e não um estatuto geomorfológico. Nessa linha de raciocínio, o artigo 2º, f, do Código Florestal, considera como Área de Preservação Permanente não o acidente topográfico, e sim a fisionomia botânica denominada vegetação de restinga, esteja ela onde estiver.

Por fim, cabe ainda enfatizar que, na opinião do Ministro Herman Benjamin, “o que se tem é um jogo de palavras, com o intuito de substancialmente podar e solapar o campo de aplicação da norma e enfraquecer sua eficácia”. Nessa situação é que se espera uma atuação mais firme do Poder Público, que, por vezes, acaba intervindo muito tarde, não sendo possível salvar o pouco que ainda existe desse ecossistema tão valioso.

3.1.2 Recurso especial nº 1.462.208/SC

Mais recente, o acórdão do recurso especial nº 1.462.208/SC, julgado no dia 11 de novembro de 2014, demonstra que a restinga como área de preservação permanente continua sendo motivo de intenso debate. Foi interposto pelo recorrente Jamir Cabral contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CAUSADO POR DESTRUIÇÃO DE ÁREA DE RESTINGA, FIXADORA DE DUNAS - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LICENCIAMENTO INDEVIDO. CONDENAÇÃO À RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. Comprovado se tratar de Área de Preservação Permanente, com a indevida autorização legal, representando a edificação irreparável dano à vegetação de restinga, assim como diante da irreversibilidade dos efeitos do evento danoso, impõe-se a sua proteção por meio de uma tutela reparatória.

No recurso especial, destaca-se que o recorrente alega, dentre outros, erro de fato quanto ao teor das normas invocadas que não autorizam a interpretação ampliativa do artigo 2º, "f", do Código florestal. Além disso, defende também que são protegidas as florestas e demais formas de vegetação situadas nas restingas somente quando fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues. Veja-se o teor da ementa do acórdão do REsp nº 1.462.208/SC:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. ANÁLISE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. TERRENO DE MARINHA. RESTINGA. COMPETÊNCIA DO CONAMA NA EDIÇÃO DE RESOLUÇÕES QUE OBJETIVEM O CONTROLE E A MANUTENÇÃO DO MEIO AMBIENTE. EDIFICAÇÃO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. IRRETROATIVIDADE. APLICAÇÃO IMEDIATA. 1. A apreciação de suposta violação a princípios constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal. 2. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 3. Trata-se de Ação de Civil Pública, objetivando a recuperação de local de preservação permanente (terreno de marinha - restinga) e a demolição do imóvel lá edificado. 4. O Código Florestal tem como escopo proteger não só as florestas existentes no território nacional como a fauna e as demais formas de vegetação nativas situadas em algumas de suas áreas, tais como na área de restinga. Embora não tenha como elemento primordial o resguardo de sítios e acidentes geográficos, estes o são por várias vezes protegidos em seu texto legal. O art. 2º, f, do Código Florestal qualifica como área de preservação permanente (APP) não o acidente topográfico em si, mas a vegetação de restinga que lá se faz presente. 5. O Código Florestal, no art. 3º, dá ao Poder Público (por meio de Decreto ou Resolução do Conama ou dos colegiados estaduais e municipais) a possibilidade de ampliar a proteção aos ecossistemas frágeis. 6. Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. 7. A Resolução n. 303/02 do CONAMA não está substancialmente apartada da Resolução n. 04/85 do CONAMA, que lhe antecedeu e que é vigente à época dos fatos. Ambas consideram a restinga como espécie de acidente geográfico, encoberto por vegetação característica. Destarte, não há extrapolação de competência regulamentar do CONAMA em sua Resolução n. 303/02 no que se refere à definição de restinga, porquanto está de acordo com o definido na Lei n. 4.771/65 e nos estritos limites ali delineados. 8. Dentro do contexto fático delineado no acórdão recorrido, é inafastável a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que a edificação foi promovida dentro de área de restinga, considerada de preservação permanente, sob pena de ferir o disposto na Súmula 7 do STJ. 9. A Corte a quo não analisou a matéria recursal à luz da aplicação do novo Código Florestal, que segundo as razões lançadas neste pleito, levaria à aplicação de sanções mais benéficas à parte. Ressalte-se, em que pese a oposição de vários embargos declaratórios, que a controvérsia não foi arguida como forma de suprir a omissão do julgado. Assim, incide, no caso, o enunciado das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 10. "O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)." Recurso especial improvido. (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 11/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA).

O caso em tela trata de ação civil pública, que pretende recuperar local de preservação permanente, sendo esta APP terreno de marinha - área de restinga, e a demolição do imóvel lá edificado, situado no município de Bombinhas, Santa Catarina.

Em seu voto, o Ministro Humberto Martins, Relator do acórdão, lembra que o recorrente argumenta que, conforme o Código Florestal de 1965 – vigente à época dos fatos, a vegetação protegida era aquela localizada nas áreas de restinga, quando estivessem lá com o propósito de fixar dunas ou estabilizar mangues. O recorrente também defende que a Resolução Conama nº 303 de 2002 aplica o sentido de acidente geográfico ao termo “restinga”, não protegendo especificamente a vegetação de restinga. Como é possível aqui depreender, mais uma vez se retorna à discussão da abrangência do termo “restinga”, se este considera apenas o caráter geológico da restinga ou se o termo abrange a “vegetação de restinga”.

O Ministro, então, afirma não ter o recorrente razão, reconhecendo primeiramente que o Código Florestal visa proteger as florestas brasileiras, bem como a fauna e as demais formas de vegetação nativa assentadas em determinadas áreas, como é o caso da restinga. Pretende o artigo 2º, “f”, do Código Florestal¹³, nas palavras do Ministro, caracterizar a vegetação de restinga como área de preservação permanente e não o acidente topográfico.

Interessante notar que ele faz referência em seu voto ao acórdão comentado no tópico anterior, no qual o Ministro Herman Benjamin delineia essa controvérsia com relação à interpretação do termo “restinga”. Ele destaca, por exemplo, o trecho que o Ministro Herman Benjamin afirma que “o objetivo maior, por tudo e em tudo, não é proteger a geomorfologia do terreno, mas a própria vegetação, integrada por centenas de espécies raras”. Assim sendo, fica claro que o Ministro Humberto Martins segue a mesma linha de raciocínio, defendendo a proteção da vegetação.

Nesse acórdão há também outra discussão de extrema relevância, que se refere ao âmbito de competência do Conama em regular matéria ambiental. O artigo 3º do Código Florestal de 1965¹⁴ já concedia ao Poder Público liberdade para aumentar a proteção aos

¹³ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

¹⁴ Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

ecossistemas considerados delicados, o que poderia ocorrer através de Decreto ou Resolução do Conama, por exemplo. Desta maneira, é permitido que o Conselho Nacional do Meio Ambiente edite resoluções que tenham como propósito a proteção ambiental, sendo possível fixar limites de APP.

O Conama, na Resolução 303/02, como bem frisado no voto do Relator, não extrapolou quando definiu, em seu texto, a restinga, visto que o conceito apontado está totalmente de acordo com o texto do Código Florestal de 1965. Não foi criada uma nova hipótese de APP, mas tão somente foi regulamentado o Código Florestal, procurando dessa forma atingir o principal objetivo – a proteção do meio ambiente.

Além disso, ressalte-se que o Ministro apresenta uma elogiável consideração: existindo dúvida ou qualquer erro técnico, a norma ambiental deve ser interpretada ou integrada de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Sendo assim, não seria essa a solução para o impasse quanto à abrangência do termo “restinga”? Havendo opiniões heterogêneas, deveria ser entendido, por conseguinte, que o termo abrange sim a “vegetação de restinga”, e não apenas o acidente geográfico, interpretação esta que atende ao princípio *in dubio pro natura* e promove uma maior proteção ambiental.

O princípio *in dubio pro natura*, também de extrema importância no Direito Ambiental, está relacionado à interpretação, ou seja, havendo casos nos quais não seja possível uma interpretação unívoca, a preferência deve incidir sobre o entendimento mais favorável ao meio ambiente.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente:

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido. (grifo nosso). (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA).

Por fim, o Ministro destaca que o novo Código Florestal não pode retroagir para reduzir, sem as necessárias compensações ambientais, o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da incumbência do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais.

Esse recente entendimento proferido pelo STJ poderia também ser aplicado no atual caso de proteção às restingas aqui em Santa Catarina, tendo em vista que a restinga é considerada um ecossistema frágil e, como tal, deve ter garantida a preservação do processo ecológico essencial.

É razoável, ainda, conectar esse entendimento ao princípio da proibição do retrocesso ecológico e do mínimo existencial ambiental, pois se a falta de cuidado com a preservação da restinga abala o processo ecológico essencial, fazendo com que o mínimo existencial que a natureza necessita para se restaurar não esteja mais garantido, estar-se-á iniciando um processo de retrocesso, que, além de atingir a natureza, influencia também na vida pessoas, ferindo-se aqui o princípio da dignidade da pessoa humana. Como explicam José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2010, p. 285), não é possível separar o meio ambiente equilibrado da qualidade de vida, visto que meio ambiente não preservado leva em diminuição de um valor referente a uma expectativa de vida sadia.

O Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Relator para negar provimento ao recurso especial, reafirma que, conforme expôs no acórdão tratado anteriormente, o Código Florestal não é um estatuto geomorfológico e que por isso, o seu artigo 2º, "f" não classifica

como Área de Preservação Permanente o acidente topográfico, mas sim a vegetação de restinga.

Ratifica também sua preocupação quanto à consequência prática, caso o recurso especial fosse provido: a liberação do corte raso e supressão de vegetação de restinga em todo o domínio da Mata Atlântica, o que exterminaria de vez com o pouco que ainda resta.

Cabe ainda ressaltar um ponto não discutido no REsp nº 945.898/SC, no qual o Ministro Herman Benjamin sustenta que a proteção jurídica da restinga não fere o direito à propriedade.

No tópico 1.5, onde a função socioambiental da propriedade foi melhor explicada, destacou-se que o uso da propriedade deve ser subordinado ao bem-estar social e à defesa do meio ambiente.

Na opinião do Ministro, nenhum ordenamento do mundo considera o direito de propriedade como um direito absoluto. Se observada a sistemática da Constituição Federal de 1988, principalmente no seu artigo 225, constata-se a obrigação imposta ao Poder Público de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético. Por esse motivo, deve o Poder Público, por vezes, proteger o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em detrimento ao direito de propriedade. Isso faz com que muitos concluam no sentido de que considerável porcentagem da costa brasileira ficará estagnada economicamente, visto que muitas áreas são hoje encobertas pela vegetação de restinga.

Nas palavras do Ministro Herman Benjamin (REsp nº 1.462.208/SC, p. 35):

Nem se alegue que a interpretação hoje dada pelo Judiciário impede a exploração de praticamente toda a costa brasileira, como o fazem os recorrentes. Esse é argumento *ad terrorem*, insustentável jurídica e tecnicamente. Primeiro porque, se é certo que, na época de Cabral, a Restinga cobria praticamente toda a costa brasileira, hoje, como atrás referimos, quase nada dela resta, e o que resta é cobiçado – não para proteção, mas para destruição, por desmatamento – por grandes empreendimentos imobiliários. Segundo, porque o fato de se proteger a Restinga não impede o uso econômico sustentável da propriedade, como exemplificam dezenas de loteamentos, hotéis e resorts espalhados pela Costa, que souberam transformar a Restinga (protegida) e as dunas (protegidas) em atração e diferencial de concorrência.

Sendo assim, o Ministro demonstra que é sim possível harmonizar os dois lados, fazendo uso sustentável da propriedade, mantendo a proteção do que for área de preservação permanente e construindo no restante da área disponível.

3.2 ANÁLISE DO PROCESSO EM TRÂMITE NO TJSC, O QUAL IMPÔS QUE A FATMA SE ABSTENHA DE CONCEDER LICENÇA AMBIENTAL EM ÁREA COM VEGETAÇÃO DE RESTINGA

Tendo como principal finalidade resguardar o meio ambiente de futuros danos, o Ministério Público de Santa Catarina busca uma decisão definitiva que proteja a vegetação de restinga da intervenção humana. É pelo grande impacto que essa ação vem gerando, não só no Município de Florianópolis, como também em toda a região litorânea do Estado de Santa Catarina, que se considerou relevante analisá-la com maior atenção.

3.2.1 Histórico do caso

O acórdão do recurso especial nº 945.898/SC foi o ponto de partida para que se desse início a esse processo em trâmite do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em 14 de abril de 2011, tendo conhecimento da decisão proferida pelo STJ no mencionado REsp, enviou recomendação à Fundação do Meio Ambiente – Fatma, ao Município de Florianópolis e à Fundação Municipal do Meio Ambiente – Floram, visando que fossem tomadas as medidas públicas indispensáveis para proteção da vegetação de restinga, considerada naquele acórdão como área de preservação permanente, independente da existência do acidente geográfico “restinga”.

A Fatma informou o não acolhimento da recomendação, argumentando que a vegetação de restinga é integrante da Mata Atlântica e, por isso, deve ser considerada a Lei da Mata Atlântica, nº 11.428/2006, e seu Decreto regulamentador, nº 6.660/2008. Alega também que a vegetação de restinga só será considerada área de preservação permanente quando fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues.

Diante do ocorrido, em 17 de abril de 2012, propôs o Ministério Público uma ação civil pública com pedido de medida liminar em face da Fatma, buscando resguardar o meio ambiente de futuros danos irreversíveis.

A finalidade da ação civil pública consistia em condenar a Fatma à obrigação de não fazer, no que diz respeito à abstenção de concessão de licença ambiental para corte e supressão da vegetação de restinga, como também na obrigação de fazer, objetivando a observação da legislação pertinente nos procedimentos de concessão de licença ambiental e de fiscalização nas áreas de vegetação de restinga, considerando estas como área de

preservação permanente, independente da existência do acidente geográfico “restinga”. No dia 30 do mesmo mês, o juízo *a quo* antecipou os efeitos da tutela.

Entre os vários argumentos utilizados pelo Ministério Público, é possível destacar o artigo 225 da Constituição Federal, que garante a todos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Também ressalta que a Lei Maior determina que a propriedade, rural ou urbana, deve cumprir sua função social e ambiental.

Na interpretação do Ministério Público, analisando as legislações pertinentes à matéria (tanto as resoluções do Conama, como o Código Florestal de 1965 e 2012), não apenas a restinga em si, mas também a vegetação de restinga é classificada como área de preservação permanente.

Dá-se grande destaque também ao acórdão do recurso especial nº 945.898/SC julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que confirmou o entendimento de que a vegetação de restinga é área de preservação permanente, evidenciando principalmente o voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin.

O pedido foi julgado procedente, ficando a Fatma proibida de conceder licença ambiental para corte ou supressão de qualquer tipo de vegetação de restinga, independentemente de sua localização.

Nesse contexto, alegando ofensa à ordem e à economia públicas, o Estado de Santa Catarina formulou pedido de suspensão, inicialmente indeferido por decisão de seu Vice-Presidente. Contra esta decisão foi interposto agravo pelo Estado de Santa Catarina, arguindo a necessidade de suspensão dos efeitos da sentença que impôs à Fatma a obrigação de se abster de conceder licenças ambientais que envolvam o corte ou supressão de vegetação de restinga.

Foi exposto no agravo que a determinação judicial imposta à Fatma afeta diretamente a rotina administrativa do órgão, visto que fica impedido de prestar o serviço público de licenciamento de forma regular, violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Defende-se que o direito de propriedade e às diretrizes do desenvolvimento sustentável também são violadas, restando configurado grave dano à ordem, à segurança e à economia públicas, visto que a limitação imposta compromete a construção de novas moradias, a captação de recursos e impostos, a geração de empregos de qualidade e o incremento de setores essenciais, como os da saúde, da indústria, da educação e da

infraestrutura. Ao final, ainda defendem que os princípios da precaução e da prevenção não se aproveitam no caso em tela.

Em 15 de outubro de 2014, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu dar provimento ao agravo, acompanhando as razões do Relator designado, Desembargador Cesar Abreu, deferindo, então, o pedido de suspensão da sentença proferida nos autos da ação civil pública.

O Desembargador Cesar Abreu defende que o Ministro foi além do que estava sendo discutido, ampliando o entendimento existente com relação ao termo “restinga”, que só seria considerada área de preservação permanente quando protetora de dunas ou estabilizadora de mangues. O Desembargador afirma que o processo judicial não pode ser transformado em fonte legiferante e essa interpretação mais ampla não deve ser permitida.

O Desembargador ainda destaca, em seu voto, que a decisão proferida na ação civil pública gera grave dano à ordem e à economia públicas, uma vez que inibe o licenciamento de obras e construções, além de impedir que aquelas já iniciadas sejam finalizadas, o que provoca prejuízos à própria população e desperdício de investimentos públicos e privados.

Para ilustrar, o Estado de Santa Catarina apontou nos autos que, em virtude dessa sentença, ocorreu a suspensão de quatro empreendimentos em Florianópolis e gerou impacto no desenvolvimento do projeto do “Parque Sapiens”, bem como a repercussão negativa nos investimentos a serem realizados no estado.

Ao contrário do entendimento explanado pelo Desembargador Cesar Abreu, o Desembargador Torres Marques não concorda que a decisão tenha causado lesão à ordem, à segurança ou à economia de Santa Catarina, pois considera que o lapso temporal é muito grande entre a prolação da sentença e a apresentação do pleito suspensivo, descaracterizando assim a urgência na sua concessão.

Mesmo assim, por maioria de votos, estava novamente autorizada a Fatma a expedir licenças ambientais para áreas com restinga não contemplada pelo conceito legal expresso no Código Florestal.

Com isso, o Ministério Público ajuizou medida cautelar incidental requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial que se encontrava em processamento e ainda não havia sido submetido ao juízo de admissibilidade. Dentre outros argumentos, afirmou que a suspensão da sentença foi conferida em hipótese não autorizada por lei, sendo que não existe interesse público a ser protegido com a medida. O pedido liminar foi deferido,

encontrando-se a Fatma novamente proibida de autorizar o corte de todo e qualquer tipo de vegetação de restinga.

Esse recurso especial foi interposto, fundamentado no comando do artigo 105, inciso III, "a", da Constituição Federal¹⁵, contra o acórdão que, por maioria de votos, deu provimento ao agravo, para deferir o pedido de suspensão da sentença proferida nos autos da ação civil pública.

O REsp foi admitido em decisão do dia 18 de maio do presente ano. Nas palavras da Vice-Presidente:

[...] há plausibilidade nas alegações expostas pelo recorrente no sentido de que o provimento ao agravo contraria as disposições do art. 2º, "f", da Lei n. 4.771/65 (repetido pelo art. 4º, VI, da Lei n. 12.651/12), do art. 3º, XVI, da Lei n. 12.651/12, art. 2º da Lei n. 11.428/06 e do art. 4º da Lei n. 8.437/92, na medida em que a análise exegética do 2º, "f", da Lei n. 4.771/65 permite compreender que a zona de restinga, independentemente do local em que seja encontrada, ostenta natureza de área de preservação permanente, de sorte que seria inviável a outorga de licenças para supressão da respectiva vegetação [...].

Aguarda-se agora julgamento do REsp pelo STJ. Importante lembrar que é também esperado o julgamento das apelações interpostas pela Fatma, pela Habitasul Ltda e pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – Sinduscon. A Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é responsável por julgá-las.

3.2.2 Considerações acerca do processo

Destacados o conteúdo dos acórdãos dos Recursos Especiais nº 945.898/SC e nº 1.462.208/SC e das decisões até o momento proferidas no processo em trâmite do TJSC, é possível afirmar que um dos principais pontos de todo esse impasse quanto à proteção que deve ser dada à restinga e à sua vegetação é justamente a interpretação a ser realizada quanto à abrangência do termo “restinga”.

¹⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Quis o legislador proteger apenas a geomorfologia da restinga ou quis ele incluir também toda a vegetação de restinga? Deve a Fatma realmente ficar proibida de conceder licenças ambientais para uma área que até agora não se sabe se deve ser classificada como área de preservação permanente?

Talvez a solução a ser empregada nesse caso seja a mesma levantada quando da análise do REsp nº 1.462.208/SC. Havendo dúvida quanto ao emprego do termo “restinga”, a norma ambiental deveria ser entendida ou associada conforme o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Até o momento, ficou nítida a heterogeneidade de apreciações, o que leva a crer que, estando um lado pendendo para o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o outro lado defendendo o direito do particular, deveria ser entendido, por conseguinte, que o termo abrange sim a “vegetação de restinga”, e não apenas o acidente geográfico, interpretação esta que atende ao princípio *in dubio pro natura* e promove uma maior proteção ambiental, lembrando que o direito público se sobreleva ao direito do particular.

Além disso, devem ser aplicados os princípios da precaução e da prevenção, da proibição do retrocesso ecológico e do mínimo existencial ambiental, capazes também de garantir uma maior proteção à restinga.

Vale lembrar, mais uma vez, que o bioma em questão pertence à Mata Atlântica, que, quando ainda não explorada, se estendia por cerca de 1.300.000 km² do território brasileiro. Infelizmente é sabido que atualmente essa área está reduzida a apenas 7,84% da cobertura florestal original. O grau de depredação é extremamente preocupante, principalmente quando fica explícito que poucos são os que saem beneficiados com essa situação em detrimento de muitos que perdem com a degradação do meio ambiente.

Consequentemente, é intolerável que uma área já tão demasiadamente explorada pelo homem seja refém do desenvolvimento econômico e turístico da região. Nereu do Vale Pereira (2002, p. 321) acentua, de maneira bastante clara, a inquietação que muitas pessoas também sentem com relação ao rápido desenvolvimento urbano da capital de Santa Catarina.

Os assinalados reflexos da expansão na Ilha de Santa Catarina ensejam preocupação sobre o futuro. Segundo todas as evidências, a Ilha avançou no caminho da cosmopolitização, ostentando hoje atividades e práticas pouco notadas (se tanto) há três décadas. Ao mesmo tempo, foram suprimidas, em processo ainda em curso, várias das características que de alguma forma particularizavam o plano local. Tanto assim que, para o bem e para o mal, a Ilha revela-se cada vez mais dotada das mesmas feições urbanas observadas em tantas outras áreas do país. O crescimento do turismo, escorado em marketing que difunde visões de enorme apelo numa sociedade nacional que vivencia um inquietante caos urbano (“Ilha de Magia”, por exemplo), não é isento de responsabilidade.

É compreensível que o atual impasse seja o principal motivo de tanta insegurança jurídica, principalmente de investimentos externos. Sendo, ao final, decidido que toda a restinga e sua vegetação devam ser consideradas como de preservação permanente, é nítido que muitas das áreas antes edificáveis deverão ser resguardadas, o que intervirá e muito na construção civil da Grande Florianópolis, quiçá de todo o litoral brasileiro, pois esse será um importante precedente que com certeza influenciará nas decisões de diversas outras ações.

CONCLUSÃO

Com todas essas mudanças pelas quais a sociedade tem passado, esqueceu-se que a natureza não é ilimitada. Na busca por cidades mais desenvolvidas e por aumento do poder econômico, ninguém se lembrou de respeitar devidamente o espaço já ocupado pelo meio ambiente.

É sabido que uma ocupação urbana indisciplinada em áreas especialmente protegidas provoca efeitos nocivos à fauna e à flora, muitos deles às vezes nem previamente conhecidos. Essa apropriação também interfere na qualidade de vida das pessoas, que é, segundo a Constituição Federal brasileira, direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

Tendo essa realidade em vista, fica clara a falta de planejamento urbano, instrumento que deveria ser utilizado pelo Poder Público em busca de uma cidade equilibrada e sustentável, garantindo a tutela do bem ambiental. Esse planejamento urbano se torna cada vez mais necessário, haja vista a tendência mundial da população em ocupar majoritariamente as áreas adjacentes ao litoral e em virtude de fatores históricos associados à ocupação do território brasileiro.

Com a atual falta de espaço em diversas cidades litorâneas, quer-se agora atingir um bioma sensível que já se encontra demasiadamente ameaçado. A restinga, caracterizada por ser um conjunto de formações vegetais que revestem predominantemente terrenos arenosos, é uma região realmente muito visada, principalmente por luxuosos empreendimentos.

Florianópolis, por exemplo, é uma cidade que atrai cada vez mais pessoas e tem à disposição cada vez menos espaço. Isso tem demonstrado que a intensa urbanização está causando impactos negativos na natureza, que é protagonista numa das principais atividades econômicas da região – o turismo.

Essa nova situação exige a interação do Poder Público, da comunidade e do espaço onde vivem, com o propósito de buscar a melhor solução para a crise ambiental, motivo hoje de grandes incertezas quanto aos prejuízos que ainda poderá desencadear.

O presente trabalho desenvolveu-se tendo como foco de estudo e reflexão a possibilidade de classificação da restinga como área de preservação permanente, incluindo também na interpretação do termo “restinga” a vegetação de restinga e não apenas o acidente geológico.

Para isso, foram averiguados, no primeiro capítulo, o conceito de restinga e sua função ecológica, buscando, dessa forma, demonstrar a importância da sua preservação. Os

princípios norteadores do Direito Ambiental relacionados à proteção da restinga também foram cuidadosamente estudados.

A fim de situar o tema na legislação brasileira, foram elencadas, no segundo capítulo, algumas normas que tratam da restinga, até chegar ao Novo Código Florestal, lei atualmente em vigor e que revogou o Código Florestal de 1965. Também foi esclarecida no que consiste a confusão quanto à interpretação do termo “restinga”, ora considerada apenas no sentido geológico-geomorfológico, ora abrangendo também a vegetação de restinga. No último tópico do mesmo capítulo, tratou-se das áreas de preservação permanente, direcionando o estudo ao tema aqui proposto.

Por fim, foi verificada a jurisprudência do STJ referente à classificação da restinga como área de preservação permanente e as conclusões que delas podem ser retiradas com o propósito de compreender o atual debate existente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Levando-se em consideração todo o exposto, a autora, após apreciação do tema, entende que a legislação deve priorizar a proteção da restinga, conforme os seguintes pontos:

1. A Constituição Federal garantiu a todos, no artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Assim, a preservação da restinga, e consequentemente dos processos ecológicos essenciais, é fundamental para a manutenção de um ambiente sadio para as presentes, bem como para as futuras gerações.

2. Caso seja decidido pela possibilidade de supressão e corte da vegetação de restinga, há a negação da firme proteção à flora da restinga, que ocupa a maior parte da vegetação litorânea, rica em biodiversidade e com alto grau de endemismo.

3. O princípio da precaução leva a entender que existindo dúvida da potencialidade do dano ao meio ambiente com relação a qualquer conduta que pretende ser tomada, deve ele ser aplicado com o propósito de proteger o meio ambiente de um risco futuro. Medidas precaucionais são imprescindíveis, tendo em vista que a ausência de certeza científica a respeito de um dano ou acerca do nexo de causalidade entre o ato danoso e a consequência negativa sobre o meio ambiente não podem continuar servindo para permitir sua degradação.

4. Sendo a reparação, na maioria das vezes, incerta e onerosa, tendo em vista que as interferências nessa área e os danos causados sejam difíceis de serem contornados, a prevenção acaba sendo considerada a melhor, quando não a única, solução e, por isso, deve o princípio da prevenção também ser considerado antes de se tomar qualquer decisão.

5. É razoável, ainda, conectar o entendimento a favor da proteção da restinga ao princípio da proibição do retrocesso ecológico e do mínimo existencial ambiental. Se a falta de cuidado com o referido bioma desestrutura o processo ecológico essencial e impossibilita a garantia do mínimo existencial que a natureza necessita para se restaurar, resta caracterizado um processo de retrocesso ecológico, que, além de atingir a natureza, influencia também na vida pessoas, ferindo-se aqui o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Não é aceitável que os interesses econômicos, como os da construção civil, sejam colocados à frente da proteção ambiental. Um bioma já tão intensamente degradado, como é a restinga, não deve ser utilizado para benefício de alguns poucos cidadãos. Lembra-se aqui da função socioambiental da propriedade, devendo o uso da mesma ser subordinado ao bem-estar coletivo e à defesa do meio ambiente.

7. Por fim, existindo dúvida quanto à abrangência do termo “restinga”, a norma ambiental deve ser interpretada ou integrada de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Havendo opiniões heterogêneas, deve ser entendido que o termo abrange sim a “vegetação de restinga”, e não apenas o acidente geográfico, interpretação conforme à Constituição Federal de 1988 e que atende ao princípio *in dubio pro natura* e promove uma maior proteção ambiental.

Ante os argumentos dissecados, reputa-se inevitável enaltecer a metaindividualidade do direito ao meio ambiente equilibrado. A interpretação literal e, não raras vezes, limitada da legislação implica a inocuidade da proteção pretendida pelas áreas de preservação permanente. Em outro modo de expressão, amparando-se nos princípios já aludidos e nos demais pontos sobreditos, as faixas de restinga devem ser tomadas como APP independentemente de exercerem a função de fixação de dunas ou de estabilização de mangues. A intergeracionalidade e o caráter fundamental do direito aqui discutido demandam uma perspectiva crítica, a fim de que os ideais delineados pelo Constituinte sejam transformados em realidade social e qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentário ao Novo Código Florestal**. 2ª ed. – atual. de acordo com a Lei nº 12.727/12. São Paulo: Atlas, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014.

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira** In: LEITE, José Rubens Morato (Coord.) Dano ambiental na sociedade de risco. São Paulo: Saraiva. 2012.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental**. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Introdução ao direito ambiental brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, v. 4, n. 14, p. 50-52, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/03/2015.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogada pela Lei 10.406, de 2002). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2015.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/04/2015.

_____. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/04/2015.

_____. **Lei nº 4.771, de 15 de Setembro de 1965**. Código Florestal (Revogado pela Lei 12.651, de 2012). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/03/2015.

_____. **Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012**. Novo Código Florestal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15/03/2015.

_____. **Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB**. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 07/05/2015.

_____. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16/05/2015.

_____. **Lei n. 11.428, de 22 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16/05/2015.

_____. **Decreto n. 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16/05/2015.

_____. **Decreto n. 750, de 10 de fevereiro de 2003.** Dispõe sobre o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica (Revogado pelo Decreto 6.660, de 2008). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29/05/2015.

_____. **Resolução Conama n. 04, de 18 de setembro de 1985.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 29/05/2015.

_____. **Resolução Conama n. 10, de 01 de outubro de 1993.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 29/05/2015.

_____. **Resolução Conama n. 07, de 23 de julho de 1996.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 29/05/2015.

_____. **Resolução Conama n. 261, de 30 de junho de 1999.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 29/05/2015.

_____. **Resolução Conama n. 303, de 20 de março de 2002.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 29/05/2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 945.898/SC.** Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03/06/2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 1.462.208/SC.** Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 11 de novembro de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03/06/2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 1.367.923/RJ.** Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19/06/2015.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Agravo em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2014.028915-9/0001.00.** Relator: Cesar Abreu. Florianópolis, 29 de outubro de 2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 24/05/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** 5ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, cuja versão portuguesa disponibilizada pelo governo está localizada no sítio eletrônico <http://www.mct.gov.br/clima>. Informação obtida em 10 de abril de 2015.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIALDINI, Matheus Jacob; HELENA, Alexandre Petry. **As Resoluções Conama e a Reforma do Código Florestal**. Revista de Direito Ambiental – abr/jun de 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IBGE. **IBGE em parceria com a marinha do Brasil lança o Atlas Geográfico das Zonas Costeiras e Oceânicas**. Disponível em:
<<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/pt/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2036>>

IBOPE. Pesquisa disponível em:
<<http://www.conselhos.org.br/Arquivos/Download/Upload/66.pdf>>

LEITE, José Rubens Morato; et. al. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e Prática. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Novo Código Florestal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 08/04/2015.

PEREIRA, Nereu do Vale. **A Ilha de Santa Catarina: espaço, tempo e gente. Florianópolis: Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina**. 2002. Vol 2.

PINTO SOBRINHO, Felipe de Araújo. **Diversidade florística e estrutura vegetacional das tipologias florestais ocorrentes em diferentes sub-biomas de planície costeira e baixa encosta de bertioga (SP)**. 2012. Tese (Doutorado em Geografia Física) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8135/tde-09012013-142439/>>. Acesso em: 08/04/2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Sandro Menezes. **Diagnóstico das Restingas no Brasil**. Curitiba: 2003. Disponível em <http://www.brazil-rounds.gov.br/round7/arquivos_r7/SISMICA_R7/refere/Restingas.pdf>. Acesso em 28/04/2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Antomar Viegas Júnior. **Revista Síntese Direito Ambiental** – v. 2, n.8 (ago. 2012). São Paulo: IOB, 2011.

ANEXOS

Anexo 1 – Área de restinga na praia da Daniela, Florianópolis/SC



Anexo 2 – Área de restinga na praia de Jurerê Internacional, Florianópolis/SC



Anexo 3 – Área de restinga na praia da Joaquina, Florianópolis/SC



Anexo 4 – Área de restinga na praia da Armação, Florianópolis/SC

